

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Mercantil



**IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES Y
ARBITRAJE.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

María Inmaculada Rodríguez Roblero

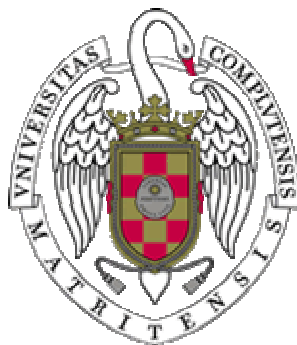
Bajo la dirección de la doctora

María Teresa Martínez Martínez

Madrid, 2010

ISBN: 978-84-693-8006-2

© María Inmaculada Rodríguez Roblero, 2010



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

TESIS DOCTORAL

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES Y ARBITRAJE

Autora: María Inmaculada Rodríguez Roblero

Dirigida por: María Teresa Martínez Martínez, profesora Titular de
Derecho Mercantil de la Universidad Complutense

Madrid, noviembre de 2009.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	10
-------------------	----

INTRODUCCIÓN.....	12
-------------------	----

PRIMERA PARTE: EL ARBITRAJE SOCIETARIO. MARCO GENERAL Y ORIENTACIONES EN DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO PRIMERO: Caracterización general del arbitraje.....	26
--	----

I. El arbitraje como método heterocompositivo (y alternativo a la jurisdicción ordinaria) para resolver controversias jurídicas.....	26
II. La naturaleza jurídica del arbitraje.....	29
III. La delimitación objetiva de lo arbitrable en general y en el Derecho societario en particular: materias de libre disposición y el orden público.....	36
IV. El logro de la tutela judicial efectiva a través del arbitraje (y específicamente en los conflictos societarios).....	51
V. Las ventajas y las desventajas del arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción en el ámbito societario.....	60
VI. El convenio arbitral como fundamento del arbitraje: características generales y remisión.....	68
1. Preámbulo.....	68
2. Concepto, formas en que puede exteriorizarse y requisitos de validez y eficacia del convenio arbitral.....	68
3. Los efectos jurídicos del convenio arbitral.....	76
VII. Las clases de arbitraje de acuerdo a su organización: el arbitraje <i>ad hoc</i> y el arbitraje institucional.....	79
VIII. Las normas que han de aplicarse a la resolución del fondo de la controversia: el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad.....	85

IX.	Distinción de figuras afines al arbitraje.....	92
1.	Preámbulo.....	92
2.	La transacción como medio más común de resolución de controversias.....	95
3.	La integración de relaciones jurídicas incompletas: el arbitrio de un tercero.....	100
4.	El peritaje como instrumento técnico de una decisión.....	103
5.	La conciliación y la mediación como métodos autocompositivos de solución de controversias.....	107
6.	Algunas formas peculiares para la resolución de conflictos en el Derecho comparado.....	111
6.1	El perito-árbitro o <i>Schiedsgutachten</i>	112
6.2	El arbitraje informal o <i>irrituale</i>	114
6.3	El “arbitraje” económico o arbitraje de gestión.....	118
6.4	La firma de documento en blanco.....	121

CAPÍTULO SEGUNDO: El arbitraje societario en el Derecho comparado, especialmente respecto a la impugnación de acuerdos sociales.....124

I.	Preámbulo.....	124
II.	El arbitraje societario en los ordenamientos latinos: Italia y Francia.....	125
1.	El ordenamiento italiano como modelo legal de referencia para el arbitraje intrasocietario.....	125
1.1	Preámbulo.....	125
1.2	El arbitraje societario y la cláusula compromisoria.....	130
A)	Delimitación del ámbito de la cláusula arbitral en el Derecho societario italiano.....	130
B)	Prohibición a las sociedades que recurren al mercado de valores de optar por la vía arbitral mediante una cláusula compromisoria.....	135
1.3	El arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales.....	143
A)	Preámbulo.....	143
B)	La arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos de junta general nulos. Exclusión de la vía arbitral como alternativa a la	

	jurisdicción para resolver la validez de los acuerdos absolutamente nulos o inexistentes.....	144
	C) La arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos anulables.....	150
	D) Posiciones doctrinales a favor y en contra de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales.....	157
	E) Breve referencia al procedimiento arbitral para la impugnación de acuerdos sociales.....	163
2.	El ordenamiento francés y su legislación favorable al arbitraje comercial.....	168
2.1	Preámbulo.....	168
2.2	El arbitraje societario y la cláusula compromisoria.....	170
2.3	La nulidad y la anulabilidad de los acuerdos sociales.....	173
2.4	Posición favorable del Derecho francés en torno a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales.....	178
2.5	Breve referencia al procedimiento arbitral para la impugnación de acuerdos sociales.....	180
III.	El arbitraje societario en Alemania.....	184
1.	Preámbulo.....	184
2.	La materia arbitrable y los requisitos de validez y eficacia del convenio arbitral en el Derecho alemán.....	187
3.	Posición del Derecho alemán en torno a la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje.....	192
IV.	El arbitraje societario en los ordenamiento anglosajones: Inglaterra y Estados Unidos de América.....	203
1.	Preámbulo.....	203
2.	El arbitraje en el Derecho societario anglosajón y las materias de libre disposición.....	205
3.	El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales.....	209
4.	Breve referencia a los aspectos procesales del arbitraje en los ordenamientos anglosajones.....	213

SEGUNDA PARTE: EL ARBITRAJE Y LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

CAPÍTULO PRIMERO: La cláusula arbitral como fundamento del arbitraje intrasocietario.....218

I.	Preámbulo.....	218
II.	El arbitraje societario y la cláusula arbitral: necesidad, requisitos y características.....	220
1.	Los estatutos sociales como sede adecuada para la cláusula arbitral en el arbitraje societario, y en particular, respecto a la impugnación de acuerdos sociales.....	220
1.1.	Preámbulo.....	220
1.2.	La eficacia limitada de otros documentos societarios que pueden contener la cláusula arbitral: los pactos parasociales y el reglamento interno de la junta general.....	221
1.3.	El marco legal: las normas que facultan expresamente a incluir una cláusula arbitral en los estatutos sociales.....	228
A)	La Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas y la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad valenciana.....	229
B)	Los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.....	233
C)	La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales.....	235
D)	El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos familiares.....	237
E)	Breve mención a la regulación en el Derecho comparado y en el Derecho proyectado de la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos de las sociedades de capital y remisión.....	239
2.	Requisitos de la cláusula arbitral: la voluntad de someterse a arbitraje, la controversia y su disponibilidad.....	245

3.	El principio de independencia o separabilidad de la cláusula arbitral (<i>Kompetenz-Kompetenz</i>).....	249
4.	La incorporación sucesiva de una cláusula arbitral en los estatutos de las sociedades de capital.....	257
III.	La eficacia o el alcance subjetivo de la cláusula arbitral estatutaria.....	269
1.	La vinculación de la propia sociedad por la cláusula arbitral estatutaria.....	269
2.	La vinculación de los socios presentes y futuros a las normas del funcionamiento social.....	271
3.	La vinculación de los herederos y de los titulares de derechos reales sobre acciones o participaciones a la cláusula arbitral.....	282
4.	La posible vinculación de los administradores, los auditores y los liquidadores sociales a la cláusula arbitral estatutaria.....	284
5.	La relatividad contractual y la oponibilidad de la cláusula arbitral estatutaria: la imposibilidad de vincular a los terceros.....	289

CAPÍTULO SEGUNDO: Admisibilidad y puesta en práctica del arbitraje en la impugnación de los acuerdos de la junta general en las sociedades de capital.....302

I.	Preámbulo.....	302
II.	Síntesis de la evolución de los planteamientos sobre la arbitrabilidad de la validez de los acuerdos sociales.....	303
III.	El arbitraje societario y la validez de los acuerdos de la junta general de una sociedad de capital.....	311
1.	Generalidades sobre la impugnación de acuerdos sociales.....	311
2.	La subsanación de los acuerdos sociales y la materia de libre disposición como presupuesto de la materia arbitrable.....	314
3.	La arbitrabilidad de los acuerdos nulos: posibilidad, legitimación y efectos.....	324
4.	Los acuerdos contrarios al orden público como materia indisponible.....	334
5.	Consenso en torno a la arbitrabilidad de los acuerdos anulables.....	340

IV.	Las perspectivas que ofrece el arbitraje sobre la validez de acuerdos sociales en función del tipo fáctico y/o normativo de sociedad que se trate.....	347
1.	Las sociedades cerradas como sede idónea de la cláusula arbitral para resolver los conflictos intrasocietarios. Especial referencia a las sociedades de carácter familiar.....	347
2.	Posibilidad, vinculación y efectos del arbitraje en las grandes sociedades de capital. Especial referencia a las sociedades cotizadas.....	356
V.	Puesta en práctica del procedimiento arbitral en la impugnación de acuerdos sociales.....	366
1.	Preámbulo.....	366
2.	El papel de la jurisdicción como auxiliar del arbitraje.....	367
2.1	El apoyo jurisdiccional previo al arbitraje.....	367
2.2	El juez como ejecutor de las medidas adoptadas por el árbitro.....	372
2.3	El control por la jurisdicción del arbitraje.....	375
A)	La acción de anulación del laudo.....	375
B)	La revisión del laudo firme: casos excepcionales.....	381
C)	El recurso de amparo en tutela de los derechos y de las libertades fundamentales.....	383
3.	El papel del Registro Mercantil en el arbitraje societario.....	387
3.1	La inscripción de la cláusula arbitral.....	387
3.2	La inscripción del laudo arbitral.....	389
4.	Procedimiento para la impugnación de los acuerdos de una junta general de una sociedad de capital mediante arbitraje institucional.....	391
VI.	Breve referencia al arbitraje de la impugnación de acuerdos del consejo de administración.....	397
VII.	Propuestas de reforma a la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, desde el punto de vista del Derecho de sociedades.....	401

CONCLUSIONES.....	406
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTACIÓN Y OTRAS FUENTES.....416

I.	Libros.....	416
II.	Artículos de revistas.....	427
III.	Colaboraciones en obras colectivas.....	447
IV.	Literatura en Internet.....	468
V.	Ponencias.....	483
VI.	Jurisprudencia.....	485
	1. Sentencias del Tribunal Constitucional.....	485
	2. Sentencias del Tribunal Supremo.....	486
	3. Sentencias de las Audiencias Provinciales.....	487
	4. Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil.....	488
	5. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	488
VII.	Entrevistas.....	488

ABREVIATURAS

AA	Arbitration Act 1996 (Inglaterra)
ADR	Alternative Dispute Resolution
AG	Aktiengesellschaft (Alemania)
AktG	Aktiengesetz (Alemania)
BGH	Bundesgerichtshof (Alemania)
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil
C.c.	Codice Civile (Italia)
C.civ.	Code Civil (Francia)
CCom	Código de Comercio
C.com.	Code de Commerce (Francia)
CE	Constitución Española, de 27 Diciembre 1978
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (o sus siglas en inglés UNCITRAL)
C.p.c.	Codice di Procedura Civile (Italia)
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Directiva 2008/52/CE	Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles
D. Leg. 5/2003	Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n.5 (Italia)
D. Leg. 6/2003	Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 (Italia)
FAA	United States Federal Arbitration Act 2002 (Estados Unidos)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Alemania)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Alemania)
LA	Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje
LEC	Ley 1/2000, de 7 de Enero. Aprueba la Ley de Enjuiciamiento Civil

Ley Modelo	Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional
LMV	Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSP	Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de Marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
L. 366/2001	Legge 3 ottobre 2001, n.366 (Italia)
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile (Francia)
OLG	Oberlandesgericht (Alemania)
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UAA	Revised Uniform Arbitration Act 2000 (Estados Unidos)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
ZPO	Zivilprozessordnung (Alemania)

INTRODUCCIÓN

« La justice privée ne vient pas en concurrence de la justice étatique; chacune a ses lumières et ses ombres. Mais le juge a compris, dans son intelligence et par son assistance à l'arbitrage, que la coexistence doit être pacifique. Ni héros, ni traître, ni ange, ni démon, l'arbitre doit pouvoir se développer dans le respect des garanties essentielles. Il mérite bien cela car, s'il est justice privée, il est d'abord justice »¹.

El arbitraje es un procedimiento para la resolución de conflictos entre personas que ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad. Por ello consideramos necesario, para el estudio que ahora comenzamos, realizar una referencia a su evolución histórica que, aunque no sea exhaustiva, nos permita exponer de forma breve y concisa los hechos e influencias que este instituto de Derecho común ha tenido en el ámbito mercantil, ya que, como es evidente, no es exclusivo de esta materia, sino que se trata de una figura utilizada también por otras ramas del Derecho.

En la antigüedad ya se hablaba del arbitraje como un medio natural para la resolución de conflictos entre individuos de un mismo grupo social o familiar, donde el jefe de la familia o los mayores de las tribus eran los encargados de hacer justicia².

En el mundo griego se concibió como el único medio conocido de la época para evitar la guerra³. Aristóteles en la Retórica sostenía que era más razonable someterse a un arbitraje que a un juicio, afirmando que el “arbitrador atiende a lo razonable, y el juez, a la Ley, y fue precisamente por eso por lo que se llegó al hallazgo del arbitrador, para que predomine lo razonable”⁴.

¹ COHEN, D., *Arbitrage et société*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., Paris, pág. 327.

² TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, Oxford University Press, Great Britain, 1999, pág. 2.

³ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “El origen del arbitraje: una hipótesis”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 73/1988, Madrid, pág. 356.

⁴ ARISTÓTELES, *Retórica*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pág. 127.

Por su lado, en el Derecho romano el arbitraje era una práctica habitual de la justicia del pretor⁵. Se fundamentaba en la buena fe de las partes en el cumplimiento de un contrato, pero no contaba con el carácter jurisdiccional que adquirió posteriormente⁶. Las partes podían acordar someter sus disputas a un tercero, bajo la forma de una doble promesa (*com-promissum*); pero al no estar sancionado legalmente, debían acudir a cláusulas penales como forma de asegurar el cumplimiento de lo que el *arbiter* determinara. Éste se conocía como *arbitrum ex compromisso*⁷.

También existía en Derecho romano lo que se conocía como *arbitrum boni viri*, en el que un *arbitrator* debía, a petición de las partes, fijar alguno de los elementos del contrato no determinado por ellas, como podían ser el precio de la venta o la parte que le correspondía a los socios en las ganancias de la sociedad, entre otros; convirtiéndose en el antecedente de otras figuras afines al arbitraje, tales como el arbitrio de un tercero o el peritaje, que por su denominación han llevado a confusiones que perduran incluso en nuestros días⁸.

En el Derecho musulmán, tanto antiguo como actual, también se contempla el arbitraje, pero únicamente en su ámbito contractual, al igual que en el Derecho romano. El árbitro es un mandatario de las partes, revocable en principio, el cual se caracteriza por su relación subalterna a la judicatura. La decisión del árbitro puede ser atacada frente a un juez si ha sido tomada en contra de las normas de Derecho⁹.

Continuando con la evolución del arbitraje y su desarrollo a lo largo de la historia, hay que recalcar que no fue hasta la Edad Media en la que el arbitraje adquiere

⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa. (Una visión histórica desde la nueva ley). Una contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006, pág. 9.

⁶ MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, pág. 38.

⁷ KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, Tomo I, LGDJ, Paris, 1987, pág. 39; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., "El origen del arbitraje: una hipótesis", ob.cit., pág. 357; GASPÁR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 27; HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, DYKINSON, Madrid, 1992, pág. 282.

⁸ KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, ob.cit., págs. 39 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ponencia: "Fundamentos históricos del arbitraje moderno", en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 30 junio 2008.

⁹ KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, ob.cit., pág. 41.

carácter jurisdiccional y el laudo es considerado que tiene el mismo valor de una sentencia. Se desarrolla especialmente dentro de las organizaciones de comerciantes, ya que éstas estaban autorizadas a regular su propia justicia¹⁰. En esta época la economía se basaba en el comercio, especialmente en la importación y la exportación de mercancías, para lo cual el sistema judicial, lento y sin las facilidades de información y comunicación actuales, no daba la respuesta requerida por los mercaderes locales o extranjeros¹¹.

Más adelante, en la Revolución francesa, se proclamó el arbitraje como el “método más razonable de acabar con las diferencias entre ciudadanos” y los legisladores no podrían adoptar ninguna disposición que tendiera a disminuir el favor o la eficacia de los compromisos arbitrales, ya que se consagró el derecho a recurrir al arbitraje como un principio constitucional¹².

En concreto en España, el Código de Comercio de 30 de mayo de 1829 reguló el arbitraje como un instrumento adecuado para resolver los problemas que tenían su causa en las relaciones societarias internas¹³. “Se trata de una regulación que favorecía la institución del arbitraje, y que se enmarcaba en el clima liberal y ampliamente favorable de la época de la exaltación de la libertad, sobre todo a raíz de la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo 280 venía a situar a la institución entre los derechos fundamentales de los españoles (“no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”)¹⁴.

¹⁰ KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, ob.cit., pág. 40.

¹¹ TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., pág. 2; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford University Press, Great Britain, 2005, págs. 477 y ss.; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “El origen del arbitraje: una hipótesis”, ob.cit., pág. 358.

¹² CREMADES, J., “Cuatro lustros de la Ley francesa de Arbitraje Comercial Internacional”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº1/2001, pág. 16; GOUIFFES, L., « De la pluralité de la justice : la singularité du modèle arbitral », en *Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé : mémoires pour le diplôme d'études approfondies de droit international privé et du commerce international, présentés et soutenus publiquement*, dir. B. Oppetit y otros, LGDJ, Paris, 1997, pág. 10; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “El origen del arbitraje: una hipótesis”, ob.cit., pág. 361.

¹³ GASPAS LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., págs. 40 y ss.

¹⁴ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 36; GASPAS LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., pág. 40; LORCA NAVARRETE, A., “La naturaleza jurídica del arbitraje”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/estrado.php>, 18 enero 2006, [fecha de consulta 10 octubre 2006]; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. De Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, Marcial Pons,

Este Código establecía el arbitraje de forma obligatoria para los socios en el artículo 323, que decía: “*toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad*”¹⁵.

Este texto, no obstante, produjo un cambio en la concepción tradicional del arbitraje, ya que lo configuró como un procedimiento forzoso cuando hasta entonces se había concebido como un instituto plenamente voluntario¹⁶.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830¹⁷, estableció la posibilidad de un arbitraje voluntario para todas aquellas disputas societarias que no fuesen las previstas por el Código de Comercio de 1829 como obligatorias, y estableció la posibilidad de acudir al arbitraje ante cualquier disputa de un negocio mercantil¹⁸.

Durante este tiempo, solamente se consideraban excluidas de la posibilidad de acudir al arbitraje a aquellas cuestiones sobre el estado civil de las personas, aquellas en las que debiera de intervenir el Ministerio Fiscal o las demandas relativas a los derechos políticos y honoríficos; considerando el arbitraje como un instituto de naturaleza mercantil¹⁹.

Posteriormente se promulgaron otras leyes que dieron lugar a la unificación del procedimiento arbitral mercantil y civil (Decreto de Refundición de Fueros, de 7 de diciembre de 1868), cargándolo de formalismos y rigidez, disminuyendo el ámbito de la

Madrid, 2006, pág. 22.

¹⁵ MERINO MERCHÁN, J., CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., Thomson Cívitas, Navarra, 2006, pág. 278.

¹⁶ GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., págs. 40 y ss.; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 41; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pág. 385.

¹⁷ El artículo 252 de la Ley de 24 de Julio de 1830, de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio decía expresamente: “*Toda contienda sobre negocios mercantiles puede ser comprometida al juicio de árbitros de comercio, haya ó no pleito comenzado sobre ella y en cualquiera estado que este tenga hasta su conclusión*”.

¹⁸ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 42.

¹⁹ GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., págs. 42 y ss.

autonomía de la voluntad y remitiendo a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la regulación del procedimiento arbitral²⁰.

Estas leyes preveían el arbitraje societario con carácter obligatorio, postura que mantuvo la doctrina y la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907), incluso tras su derogación, hasta mediados del siglo XX²¹.

Posteriormente, el arbitraje adquirió nuevamente el carácter voluntario que siempre lo había caracterizado, lo cual se mantiene hasta nuestros días²².

La Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 vino a unificar en un mismo cuerpo normativo toda la regulación dedicada al arbitraje, y sanciona, por primera vez en la historia del Derecho arbitral español, un régimen de arbitraje autónomo²³.

Esta normativa sufrió duras críticas, dentro de las cuales podemos destacar aquella en contra de la dualidad existente entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso, para el que exigía, además, la formalización en escritura pública, así como la excesiva rigidez formal que lo caracterizaba, haciendo muy difícil que el arbitraje pudiera ser llevado a la práctica. También se reprochó la distinción entre el arbitraje formal e informal, la prohibición de recurrir a un arbitraje institucional y el doble sistema de recursos contra los laudos según fuesen de Derecho o de equidad²⁴.

²⁰ OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa. (Una visión histórica desde la nueva ley). Una contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, ob.cit., págs. 14 y ss.

²¹ MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*, ob.cit., pág. 147; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Editor, Barcelona, pág. 15.

²² PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 41.

²³ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 54; OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa. (Una visión histórica desde la nueva ley). Una contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, ob.cit., pág. 17; VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 16.

²⁴ GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., págs. 45 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa. (Una visión histórica desde la nueva ley). Una contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, ob.cit., pág. 17;

Pero como elementos positivos de esta Ley hay que rescatar la unificación de las dos categorías de arbitraje que existían: el juicio de árbitros y la amigable composición, así como la definición de arbitraje, en su artículo 2, como “la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión”²⁵.

Pero, con la aprobación del Convenio europeo sobre Arbitraje en Comercio Exterior de Ginebra, de 21 de abril de 1961 (ratificado el 5 de marzo de 1975) y el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York, de 10 de Junio de 1958 (ratificado el 29 de abril de 1977), se prepara el terreno para un cambio de mentalidad con respecto al arbitraje, que se plasma en la Ley 36/1988, de Arbitraje, de 5 de diciembre²⁶.

Con esta nueva Ley se da un giro radical en la legislación sobre arbitraje. Se suprime la diferencia entre el compromiso y la cláusula compromisoria, y en su lugar se habla del “convenio arbitral”; se acepta el arbitraje institucional y crece una tendencia hacia la informalidad²⁷. En cuanto a la arbitrabilidad, se amplía el ámbito de lo arbitrable, al no circunscribirse únicamente a los arbitrajes privados, aunque excluye los arbitrajes laborales. Se continúa con el criterio de libre disponibilidad de la materia conforme a Derecho y la arbitrabilidad girará en torno a la cuestión litigiosa. Se determina las materias que no son susceptibles de arbitraje en su artículo 2, tales como

BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pág. 34.

²⁵ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 55 y ss.

²⁶ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 16; VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, ob.cit., pág. 17.

²⁷ VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, ob.cit., pág. 21; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 57; GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., pág. 48; CREMADES, B., “L’Espagne étrenne une nouvelle loi sur l’arbitrage”, en *Revue de l’arbitrage*, 1989, pág. 193; CHILLÓN MEDINA, J., “Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 253 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 47-48, Collegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, pág. 19.

aquellas inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición, así como las cuestiones en que debía intervenir el Ministerio Fiscal²⁸.

Pero esta Ley también presentó problemas, entre los cuales se criticaba el rigor en la configuración del convenio arbitral, la preferencia por el arbitraje de equidad, así como lo que se conoce en esta materia como una regulación dualista (lo que quiere decir que se optó por crear una normativa separada para el arbitraje nacional e internacional). Además, esta Ley no fue lo suficientemente previsora para poder seguir vigente en las décadas siguientes²⁹.

A finales del siglo XX, la globalización se convirtió en un hecho y creció la insatisfacción frente a la jurisdicción como medio natural para solucionar los litigios. Surge también una nueva *lex mercatoria*, como un Derecho supranacional propio del mundo empresarial y de las transacciones internacionales, formado de manera espontánea, con el desplazamiento de las leyes nacionales y, por tanto, con una “privatización” del poder. Se asiste a un neoliberalismo, donde los criterios de eficacia, competencia, desregulación y liberalización pasan a ser los ideales a conseguir³⁰.

Este clima fue el que sirvió para el desarrollo del llamado “análisis económico del Derecho”, el cual surge como una corriente que ha intentado influir en la cultura jurídica global, pero que cada vez va perdiendo más fuerza, ya que la economía puede verse como un instrumento al servicio del intérprete del Derecho, pero no como un criterio determinante de la Ley y de la justicia³¹.

²⁸ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 61; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2003, págs. 50 y ss.

²⁹ CREMADES, B., “L’Espagne étrenne une nouvelle loi sur l’arbitrage”, ob.cit., pág. 195; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 59.

³⁰ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 17; BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., pág. 48; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., págs. 65 y ss.

³¹ POSNER, R., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 253; TORRES LÓPEZ, J., *Análisis económico del derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 52; PASTOR PRIETO, S., *Sistema Jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, págs. 31 y ss.

A pesar de esta matización, esta corriente sigue teniendo cierta vigencia y en nuestro tema en específico cuando se intenta realizar un nuevo análisis partiendo de criterios de economía y eficiencia, en el que se percibe al arbitraje como un instrumento económico de regulación del mercado para resolver las controversias de forma rápida, objetiva y legal, adecuándose a las reglas del tráfico y favoreciendo la confianza de sus operadores³².

Pero, “tanto la reducción de la consideración de las consecuencias a las puramente “económicas” como su valoración con arreglo al valor de la eficiencia, como criterio valorativo absolutamente prioritario, que, desde el “Análisis económico del Derecho” se pretende, no son asumibles desde el ángulo de la dogmática jurídica tradicional. Ni hay por qué excluir a priori la contemplación de otro tipo de consecuencias distintas de las económicas (v. gr.: sociales, políticas), ni la “eficiencia económica” puede pretender convertirse en el valor por el que se midan aquellas en el Derecho. Éstas han de contemplarse desde la perspectiva axiológica de los valores reconocibles en el Derecho, que en último término conducen al de la Justicia, porque, en definitiva, ésta es la referencia de sentido a él inmanente, el valor que domina y preside toda la configuración del sistema jurídico”³³.

Ante todos estos cambios del entorno comercial y social, la jurisprudencia también se muestra cambiante con relación a las posturas que anteriormente sostenía. El primero en dar su voto de confianza al arbitraje societario fue el Tribunal Supremo, en su tan comentada sentencia de 18 de abril de 1998, basada principalmente en los criterios establecidos por la Resolución de 19 de febrero de 1998 de la Dirección General de los Registros y Notariado. Manifiesta su anuencia cuando dice que “en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad

³² CHAHINIAN, R., “Arbitrato: fattore di produttività e sviluppo economico”, en *Newsletter*, nº 1/2/2007, Curia Mercatorum, pág. 2. El llamado análisis económico del Derecho “se traduce en una doble exigencia de maximización del valor de la empresa en interés de los accionistas y de impulsión de la actividad del órgano de administración desde el enfoque teórico de la agencia. El Consejo de Administración como instrumento para solucionar los conflictos de intereses entre los diversos grupos de accionistas y entre estos últimos y los ejecutivos dentro de un marco regulador más contractual que legal imperativo y, por consiguiente, más fácilmente adaptable a las necesidades de cada empresa”. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Estrategias regulatorias y autonormativas en la modernización del gobierno de las sociedades cotizadas: una aproximación crítica”, en AA.VV., *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 18.

³³ GONDRA ROMERO, J., “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la “eficiencia económica”)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 226/1997, Madrid, pág. 1579.

de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo”³⁴.

De esta forma, el Tribunal Supremo consagró la arbitrabilidad de las controversias societarias al admitir el convenio arbitral estatutario como una regla orgánica más, siempre que sea objeto de la publicidad registral requerida, siendo vinculante para todos los socios presentes y futuros por estar sometidos a los estatutos sociales³⁵.

Pronto fue necesario también hacer una modificación de la Ley de Arbitraje y se promulga en España la Ley 60/2003 de Arbitraje, con el fin de armonizar el régimen jurídico del arbitraje y, como dice su propia Exposición de motivos “para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad de las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias”.

La nueva Ley incorpora cambios importantes que reavivan el debate sobre esta institución y la arbitrabilidad de ciertas materias, como por ejemplo del arbitraje societario; siendo actualmente un campo en pleno desarrollo doctrinal y jurisprudencial en España y en el Derecho comparado, tanto a nivel de arbitraje interno como internacional³⁶.

Con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA), se da un nuevo rumbo al arbitraje. Esta Ley se basa principalmente en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI, o sus siglas en inglés UNCITRAL) sobre arbitraje comercial internacional de 1985 (en adelante Ley Modelo). En esta Ley se unifica el proceso arbitral, optando por un sistema monista, que en este ámbito significa establecer una sola regulación

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 355/1998, de 18 de abril, fundamento de Derecho segundo.

³⁵ MERINO MERCHÁN, J., CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral*, ob.cit., pág. 279; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2000-2001, pág. 16.

³⁶ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 18.

tanto para el arbitraje nacional como el internacional³⁷. También se opta por dar más importancia al principio de autonomía de la voluntad, ser menos formalista y se elimina la exigencia de la protocolización notarial del laudo³⁸. Se reconoce la posibilidad de incorporar el convenio arbitral por referencia, la preferencia por el arbitraje de Derecho, y en general existe una presunción de arbitrabilidad³⁹.

Tras esta exposición de la evolución del arbitraje y habiendo dejado claro el ámbito normativo que lo rige, es necesario plantear ahora nuestro objeto de estudio.

Esta Tesis tendrá como objeto de estudio la posibilidad real y con garantías para la sociedad, los socios y demás interesados de someter la impugnación de acuerdos de la junta general de una sociedad de capital a un árbitro en lugar de a juez.

A través de esta Tesis se pretende realizar un análisis de todos los factores que pueden influir para determinar la arbitrabilidad de la impugnación de un acuerdo de una junta general de una sociedad de capital, tales como el carácter cerrado o abierto de la sociedad o el tipo de vicio que afecte al acuerdo mediante el cual la sociedad ha querido expresar su voluntad, pudiendo ser este un acuerdo nulo o anulable.

Este ha sido un tema controvertido en los últimos cincuenta años, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aunque últimamente ambas se han orientado hacia posturas más favorables al arbitraje. Pero es la legislación la que va en la vanguardia en

³⁷ CHILLÓN MEDINA, J., “Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular”, ob.cit., pág. 257; XIOL RÍOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 47-48, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, pág. 71; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Studia Albortiana, dir. E. Verdura y Tuells, LXXXVII, Zaragoza, 2004, págs. 28 y ss.

³⁸ VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, ob.cit., pág. 57; BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., págs. 39 y ss.; GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 212 y ss.

³⁹ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 61 y ss.; VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, ob.cit., págs. 33 y ss.; HINOJOSA SEGOVIA, R., “La nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 301; OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa. (Una visión histórica desde la nueva ley). Una contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, ob.cit., págs. 22 y ss.

lo que a favorecer el arbitraje a través de una cláusula estatutaria se trata, ya que se han promulgado leyes que expresamente lo permiten, como es el caso de las Sociedades Profesionales, la Ley General de Cooperativas o los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.

La Tesis se basará principalmente en la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, ya que brinda una nueva posibilidad a este procedimiento, principalmente en el ámbito societario. Se estudiará la doctrina existente, así como la jurisprudencia y el Derecho comparado, ya que es una materia sobre la que se está también reflexionando en los principales ordenamientos europeos, además que sus modelos o soluciones se analizarán, en función de la normativa española, para determinar si sus propuestas podrían ser adaptadas a nuestro entorno.

Los ordenamientos europeos que se examinarán serán, en primer lugar, el Derecho italiano, por el amplio desarrollo que, tanto en la legislación como en la doctrina, ha tenido este tema. También se considerarán las regulaciones pertinentes propias del Derecho francés y del Derecho alemán; y se harán breves referencias al Derecho anglosajón (principalmente inglés y estadounidense), que, aunque es esencialmente diferente a nuestro sistema jurídico, en el mundo comercial tiene una gran influencia.

Se intentará crear un panorama general del arbitraje societario. Este análisis se hará partiendo de la premisa de que el arbitraje es un instituto que responde a las circunstancias actuales, tanto culturales como históricas y a la influencia de la globalización de ideas y de las formas alternativas de resolución de controversias, donde el valor tutelado es la seguridad jurídica, a través de un medio mucho más rápido que el proceso judicial.

La Tesis estará dividida en dos partes, cada una de las cuales estará compuesta a su vez por dos capítulos.

En una primera parte, se plantearán las características y las cuestiones más relevantes del arbitraje como un instituto de Derecho procesal. Aquí quedarán establecidos los elementos generales que nos hagan comprender mejor su

funcionamiento, su naturaleza jurídica, así como sus ventajas y desventajas con respecto al procedimiento judicial; todo lo cual nos permitirá distinguirlo mejor de otras figuras similares para la resolución de conflictos que a lo largo de la historia -y actualmente- han llevado a confusiones.

Un segundo capítulo dentro de la primera parte tratará del Derecho comparado y cómo en los países con mayor influencia en nuestro medio se ha intentado regular este fenómeno y los resultados o efectos que ha tenido.

En la segunda parte de la Tesis se hará un estudio en profundidad de los elementos determinantes de la arbitrabilidad de los acuerdos de junta general de una sociedad de capital en concreto y de su aplicación en el ámbito societario a través de la cláusula arbitral. Posteriormente se estudiará en que tipo social es más factible la inclusión de una cláusula arbitral como medio para la resolución de los conflictos por acuerdos sociales; las garantías que puede ofrecer tanto para los accionistas, los acreedores o los terceros; así como la conveniencia de que el arbitraje se desarrolle conforme a Derecho o conforme a criterios de equidad.

Es necesario aclarar que este estudio se centrará en la Sociedad Anónima y en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, sin perjuicio que con fines ilustrativos se recurra a otros tipos sociales.

En concreto en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales, esta Tesis intentará plasmar y, en la medida de lo posible, resolver los planteamientos que giran en torno a su arbitrabilidad.

La problemática de la arbitrabilidad o no de la impugnación de acuerdos sociales se puede centrar principalmente en tres aspectos. En primer lugar, y el aspecto del arbitraje que considero más importante, son los efectos hacia terceros. En segundo lugar, será necesario estudiar el tipo de invalidez que puede ser válidamente sometido a arbitraje; y, por último, el elemento tipológico de la sociedad es otro de los componentes indispensables a estudiar. En cuanto a este último elemento, será necesario analizar si puede optar por el arbitraje solamente algún tipo de sociedades o puede ser un medio alternativo a la jurisdicción válido para todas las sociedades mercantiles.

En general, todos los acuerdos sociales a menos que sean de simple organización interna de la sociedad, afectarán a terceros. De esta forma, al igual que se ha establecido en el sistema jurídico general, la tutela de terceros se realizará a través de la publicidad registral, el derecho de información y principalmente a través del principio de contradictorio, ya que todos estos principios son trasladables al procedimiento arbitral como garantías y como derecho a la tutela judicial efectiva regulada en la Constitución Española.

Todos estos planteamientos constituyen un deber ser, pero será necesario, tal y como veremos en el desarrollo de este trabajo de investigación, que se establezcan mecanismos que garanticen realmente esta tutela, como podría ser la posible intervención de terceros en el procedimiento arbitral para hacer valer sus derechos.

En cuanto al tipo de invalidez que puede afectar a un acuerdo social y su consiguiente arbitrabilidad, se estudiará como al existir plazos de caducidad tanto para la nulidad como para la anulabilidad se entiende que se trata de materia disponible, ya que si las partes no ejercitan su derecho dentro del plazo establecido, es el tiempo así como la omisión de las partes quienes se encargan de convalidar el acuerdo. De este razonamiento se excluyen únicamente aquellos acuerdos que el tiempo no puede sanar, es decir, aquellos afectados por una causa de nulidad absoluta.

El problema tipológico se estudiará con detalle, pero se puede adelantar que este no es un elemento determinante en el sistema español tal y como está actualmente regulado, siendo posible llevar a cabo un arbitraje en una Sociedad de Responsabilidad Limitada como en una Sociedad Cotizada. En cuanto a estas últimas, la pega en cuanto a la confidencialidad como requisito *sine qua non* del arbitraje, últimamente no se considera como tal, sino que es una opción que tienen las partes para resolver sus conflictos de esta manera. En este tipo de sociedades el procedimiento debe ser un procedimiento público, al igual que el procedimiento judicial, en el que se deberán cumplir los requisitos de información, publicidad y transparencia que las leyes exigen. En este caso en concreto, la transparencia será una ventaja que en vez de perjudicar al procedimiento arbitral lo beneficiará, así como a la sociedad cotizada en sí, ya que se podrá realizar en un menor plazo, por uno o tres árbitros expertos y con todas las garantías de un procedimiento judicial, dando a su vez, si así se ha establecido, la

publicidad necesaria para que terceros interesados en la buena marcha de la sociedad intervengan en el procedimiento y hagan así valer sus derechos.

Por último, creo que es de justicia señalar que para el estudio de la factibilidad de la impugnación de acuerdos sociales se contó con la invaluable colaboración de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, y muy especialmente de su Secretario General, don Francisco Javier Messia de la Cerda Ballesteros, quienes me permitieron tener acceso a procesos sobre impugnación de acuerdos sociales, en los que se presentaban problemas reales de arbitrabilidad de la materia, competencia de la Corte, materia de libre o de no libre disposición por las partes-socios involucrados, la necesidad de aplicación de las normas de orden público, entre otros. Esto me permitió tener una visión que a través del estudio atento, pero teórico no se obtiene y aplicar dichos conocimientos en el desarrollo de los respectivos temas en el presente trabajo de investigación, contribuyendo, considero que de forma determinante, a enriquecerlo en matices y en cuanto a las conclusiones.

PRIMERA PARTE: EL ARBITRAJE SOCIETARIO. MARCO GENERAL Y ORIENTACIONES EN DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO PRIMERO: Caracterización general del arbitraje

I. El arbitraje como método heterocompositivo (y alternativo a la jurisdicción) para resolver controversias jurídicas

El arbitraje es la institución de Derecho privado por la que los litigios, por voluntad de las partes, son sustraídos a la justicia estatal para ser resueltos por individuos revestidos de la potestad para juzgarlos⁴⁰. Es un medio, entre los muchos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos⁴¹, que busca la pacificación de los problemas con ciertas ventajas sobre el procedimiento judicial⁴².

⁴⁰ ROBERT, J., *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, 2º ed., Librairie du recueil Sirey, Paris, 1955, pág. 7; ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1983, pág. 3; BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN-Éditions, Lille, 1990, págs. 5 y 114; AAVV, « Rédaction des statuts et anticipation des risques de conflits », en <http://www.droit-fiscalite-belge.com/article62.html> (23 de septiembre de 2002), pág. 7; HUYS, M., KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit Belge et international*, Émile Bruylant, Bruxelles, 1981, págs. 81 y ss.; JARROSSON, CH., “Les frontières de l'arbitrage”, en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, Paris, 2001, pág. 20; LOQUIN, E., “Tribunal de commerce et arbitrage: Cass. 1er civ., 22 nov. 2005, SCP Ménard-Quimbert c/ Beauchard, pourvoi n° 04-12.655, D. 2006, Jur.p. 277, note T. Le Bars et P. Callé; Rev.arb. 2005, p. 1012, note D. Bureau”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n° 2, Paris, 2006, pág. 304; BALES, R., « An Introduction to Arbitration », en <http://www.ssrn.com>, Marzo 2006, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008], pág. 1.

⁴¹ Aunque encuentra cabida generalmente dentro de esta clasificación, el Libro Verde, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil (presentado por la Comisión de la Unión Europea) en Bruselas, 19/04/2002, pág. 6, lo excluye expresamente, porque considera que requiere de una regulación propia. El Libro Verde ha dado lugar a la Directiva 2008/52 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; convirtiéndose en la primera norma europea que regula un modo de solución de litigios que prescinde de la intervención de un Juez.

⁴² CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, Emile Bruylant, S.A., Bruxelles, 2002, págs. 2 y ss.; BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 6; BARONA VILAR, S., “Introducción”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, coord. S. Barona Vilar, Thomson, Civitas, Barcelona, 2004, pág. 61; MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, coord. S. Barona Vilar, Thomson, Civitas, Barcelona, 2004, pág. 104; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 2ª ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pág. 28; LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2004, pág. 1; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1995, pág. 19; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 214.

Con el fin de comprender mejor el concepto y el alcance del arbitraje como instituto de Derecho procesal, a continuación analizaremos los elementos en los que puede desglosarse su definición, haciendo hincapié en lo que lo diferencia de un procedimiento judicial.

El primero de los elementos del concepto del arbitraje que estudiaremos es su carácter de “justicia consensuada”. El arbitraje tiene su origen en un convenio privado, a través del cual las partes de dicho convenio han expresado su consentimiento para someter las diferencias que puedan surgir o que ya hayan surgido a un tercero, conforme a la autonomía contractual, pero dentro de los límites impuestos por la Ley. Esta implicación de las partes, en la solución de los posibles litigios, genera una expectativa de eficacia del resultado mayor que la que se alcanzaría a través de una sentencia⁴³.

En segundo lugar, se trata de un método heterocompositivo para resolver controversias jurídicas ya que el árbitro, como tercero imparcial, es quien debe resolver el conflicto, no los afectados mismos⁴⁴. Es una vía rápida que pretende que el remedio llegue en el momento preciso, con el fin de dar una respuesta más adecuada a las necesidades de los ciudadanos⁴⁵.

⁴³ JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, Bibliothèque de droit privé, dir. J. Ghestin, Tomo CXCVIII, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987, pág. 372; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 214; CABRAS, G., “I principi dell'arbitrato e l'arbitrato societario”, en <http://www.dircomm.it/2005/n.1/01.html>, gennaio 2005, [fecha de consulta 28 febrero 2007], pág. 1; BOVE, M., “Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale”, en http://www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm, 8 mayo 2004, [fecha de consulta 18 junio 2007], pág. 4; XIOL RIOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., pág. 72.

⁴⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, pág. 445. Los conflictos jurídicos pueden resolverse mediante tres formas. En primer lugar está la autotutela, que consiste en la forma más primitiva de resolver litigios, mediante la cual las partes hacen justicia “por su propia mano”. En segundo lugar está la autocomposición. Las partes mismas son quienes “componen” su conflicto, como podría ser en la conciliación o en la mediación. Y por último está la heterocomposición, como la forma más evolucionada de solución de los litigios. “En ella interviene un tercero imparcial, resolviendo el conflicto entre las partes, a través de un instrumento que se denomina “proceso”, que se halla regulado en la propia ley. Son dos los cauces heterocompositivos que reconoce el sistema: La Jurisdicción y el Arbitraje”. BARONA VILAR, S., “Introducción”, ob.cit., págs. 60 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, pág. 26; MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Thomson Civitas, Estudios sobre Arbitraje, Navarra, 2007, pág. 29; VELARDE ARAMAYO, M., SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los “ADR”, en *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, coord. M. Velarde Aramayo, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2006, pág. 59; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 2002, pág. 16.

⁴⁵ GUIGOU, E., XIVème Congrès de l'International Congress of Commercial Arbitration à Paris, 3-6 mai 1998, Projet de Discours de la Ministre, http://www.arbitrage.org/fr/publications/cr_discours

Se afirma también que el arbitraje es un medio alternativo a la jurisdicción⁴⁶. Esto quiere decir que las partes de un litigio disponen de la vía por medio de la cual buscan resolver el conflicto y alcanzar los mismos objetivos, de justicia y de seguridad jurídica, que se obtendrían a través de un procedimiento judicial⁴⁷. También es importante resaltar que a través del arbitraje no se busca obtener una solución de “segunda clase” con relación a una sentencia, sino que las partes de un conflicto pretenden que éste sea solucionado dentro del ambiente contractual en el que se desenvuelven⁴⁸.

Este método de resolución de conflictos es a su vez un procedimiento previsto en el ordenamiento para la aplicación objetiva del Derecho en cada caso concreto, que busca resolver una controversia con las garantías propias del proceso civil⁴⁹. Se fundamenta en la libertad y en la autonomía de la voluntad de los particulares, por lo que los titulares de los derechos subjetivos privados pueden disponer de ellos realizando, modificando o extinguiendo las relaciones jurídicas. Sin embargo, esto no quiere decir que se intente presentar al arbitraje como el remedio o la panacea para

19990421.pdf; JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., pág. 101; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, Editions Librairies Antoine, Beyrouth, Libano, 1972, pág. 169.

⁴⁶ GARCÍA PAREDES, A., en su ponencia “Dos vías de solución de conflictos: el arbitraje y los Tribunales”, ob.cit., en la que aseguró que no existe ningún tipo de competencia ni de rivalidad entre el arbitraje y la jurisdicción. Las ve como dos instituciones dentro del Derecho que luchan por la justicia con medios diferentes, pero con el mismo fin: la pacificación de conflictos; tesis que fundamentaba también en la historia que este instituto ha tenido desde tiempos de Grecia y Roma.

⁴⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales”, en *Revista general de Derecho*, N° 609/1995, pág. 6930; GIMENO SENDRA, V., “Parte Sexta”, en *Procesos Civiles Especiales*, dir. V. Cortés Domínguez y otros, Editorial Colex, Madrid, 1996, pág. 455; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 28; GASPAS LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 56; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XXI, n° 5211, 22 de diciembre de 2000, pág. 6; IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, en <http://www.jir-abogados.com/art/art/Jurisprudencia%20en%20torno%20al%20art%20C3%AD%20culo%2045.pdf>, [fecha de consulta 18 octubre 2007], pág. 1.

⁴⁸ CREMADES, B., *Estudios sobre arbitraje*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1977, pág. 191. También hay quien afirma que el arbitraje no debe ser visto como un sustituto o un mecanismo alternativo a la jurisdicción, sino como una “forma de solución de controversias –adecuada al nuevo lenguaje de la ponderación de intereses y de la negociación- fundada en el principio de autonomía de la voluntad y apta para aportar soluciones en determinado tipo de conflictos y determinados momentos y sectores de la actividad de la vida económica”. XIOL RÍOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., pág. 83.

⁴⁹ CAPPONI, B., “Arbitrato e giurisdizione”, en www.judicium.it, 23/11/2006, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007]; PRADA PRESA, A., en su Ponencia de apertura de la *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007, sostuvo que el “arbitraje es el contrapunto imprescindible para el Poder Judicial, que propicia y fomenta la seguridad jurídica en las relaciones comerciales”, así como que “el arbitraje es una variante cualificada de los medios de resolución de conflictos que combina las garantías de los derechos de los ciudadanos con la flexibilidad propia de este proceso”.

todos los males de los Tribunales, sino que se ve como una vía más, dentro de muchas otras con las cuales convive e intenta contribuir a que la justicia llegue a los ciudadanos de una forma más rápida y eficaz⁵⁰.

Por último, pero sin lo cual no podría llevarse a cabo un arbitraje, la función encomendada a un árbitro será la resolución de conflictos, es decir, debe existir una controversia entre derechos enfrentados que las partes suponen tener y que van a tratar de resolver a través de un arbitraje. Por lo tanto, tal y como se verá más adelante⁵¹, no se puede confundir este instituto de Derecho procesal con valoraciones de hechos o con la determinación de un elemento de un contrato, sino que es indispensable el elemento de litigiosidad o discrepancia de las partes sobre su propia conducta en relación con el contrato o negocio jurídico principal, ya sea sobre su existencia, eficacia, validez, interpretación o cumplimiento⁵².

II. La naturaleza jurídica del arbitraje

La naturaleza jurídica del arbitraje se explica a través de varias teorías que giran en torno a alguna de sus características propias.

Unos defienden que el arbitraje tiene una naturaleza contractual, porque son las mismas partes de un contrato quienes organizan voluntariamente la forma de resolver sus conflictos sobre materias de libre disposición, permitiéndoles adecuar el proceso a los tiempos y a las necesidades del tráfico, convirtiéndolo en un instituto de Derecho dinámico⁵³.

⁵⁰ LORCA NAVARRETE, A., “La naturaleza jurídica del arbitraje”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/estrado.php>, 18 enero 2006., [fecha de consulta 10 octubre 2006]; BARONA VILAR, S., “Introducción”, ob.cit., pág. 59; GASPAS LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., pág. 60.

⁵¹ Ver páginas 92 y siguientes.

⁵² HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 54; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 47-48, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, pág. 57.

⁵³ ROBERT, J., *L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 4; MOREAU, B., SIHVOLA, S., « L’application dans le temps de la loi NRE en matière d’arbitrage », en *Recueil Le Dalloz*, nº 29/7126, Paris, 28 août 2003, pág. 1929.

Otros defienden su carácter jurisdiccional⁵⁴, ya que es un instituto de carácter procesal, que se ejecuta a través de un procedimiento regulado, donde el árbitro ejerce una función equivalente a la judicial y su decisión tiene los mismos efectos de una sentencia, vinculando a todas las partes del proceso⁵⁵.

Pero la postura que cuenta con más adeptos es la teoría mixta o ecléctica, en la cual se acepta que en su origen el arbitraje tiene una naturaleza contractual, pero que en su desarrollo y eficacia tiene una naturaleza jurisdiccional⁵⁶. Los defensores de esta teoría mixta del arbitraje lo conciben como una justicia privada en la que el Estado brinda su poder coercitivo para reforzar el proceso arbitral en sus puntos débiles⁵⁷. Por su origen contractual, las partes deberán pasar por lo acordado de buena fe; y por su

⁵⁴ “Se ha calificado indistintamente esta posición doctrinal de jurisdiccionalista o de procesalista. Aún cuando tienen mucho en común, debe considerarse que mientras que con la primera se pone el acento en la función ejercida por los árbitros, que no es otra que la manifestación declarativa del artículo 117.3 CE, y los efectos de la decisión que culmina la función arbitral –efectos de cosa juzgada–, la concepción procesalista del arbitraje responde a la consideración de que el proceso arbitral es como un proceso judicial, con lo que se incide en el instrumento a través del cual se ejercita la función jurisdiccional. Ciertamente que sólo hay proceso cuando se ejercita la función jurisdiccional –de ahí la proximidad– pero la consideración semántica de los términos obedece a respuestas conceptuales diversas”. BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Civitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pág. 45; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., págs. 226 y ss.

⁵⁵ MIRABELLI, G., GIACOBBE, D., *Diritto dell’arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale)*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1994, pág. 11; SCHIZZEROTTO, G., *Dell’arbitrato*, 3ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1988, pág. 247; DANOVI, F., “Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge”, en www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm, [fecha de consulta 18 junio 2007], pág. 4; CABRAS, G., “Arbitrato societario: una sola chance da non perdere”, en <http://www.dircomm.it/2004/n.9/02.html>, settembre 2004, [fecha de consulta 10 febrero 2005], pág. 1; CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 10.

⁵⁶ GOUIFFRES, L., «L’arbitrage international propose-t-il un modèle original de Justice?», en *Recherche sur l’arbitrage en droit international et comparé: mémoires pour le diplôme d’études approfondies de droit international privé et du commerce international, présentés et soutenus publiquement*, dir. B. Oppetit y otros, LGDJ, Paris, 1997, págs. 12 y ss.; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., págs. 28 y ss.; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 68 y ss.; REGLERO CAMPOS, L., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, pág. 66; TYAN, E., *Le droit de l’arbitrage*, ob.cit., pág. 22; GASPARD LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., pág. 56; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 215; XIOL RÍOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., pág. 77.

⁵⁷ TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., pág. 1; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, Butterworth, London, 1984, pág. 6; GARCÍA LAGARES, J., Ponencia: “Arbitraje, seguridad jurídica y empresa”, en *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007.

carácter jurisdiccional, tendrá como efectos la interrupción de la prescripción de la acción y la incompetencia de los Tribunales para conocer del asunto⁵⁸.

Como principal efecto de su carácter jurisdiccional, tal y como mencionamos en el párrafo anterior, el juez deberá declararse incompetente para conocer de la disputa cuando exista un convenio arbitral (artículo 7 LA), incluso si el Tribunal arbitral no se ha constituido todavía, a menos que el convenio sea manifiestamente nulo. Pero en todo caso, el juez no puede declararse de oficio incompetente si ambas partes le requieren para la solución del conflicto, sino que es necesario que la parte interesada en hacer cumplir el acuerdo arbitral haga valer dicho convenio de forma oportuna, ya que de no hacerlo se consideraría una renuncia implícita a la vía arbitral que habían acordado previamente (artículo 11 LA). En sentido inverso, el carácter voluntario del arbitraje hace que las partes de forma conjunta siempre puedan acudir ante un Tribunal arbitral aunque el proceso judicial se encuentre en curso, renunciando al procedimiento judicial y optando por la vía arbitral⁵⁹.

Por otra parte, también como consecuencia de su carácter jurisdiccional, el árbitro tendrá competencia para conocer y llevar a cabo el procedimiento⁶⁰. El árbitro

⁵⁸ ROBERT, J., *Arbitrage civil et commercial: droit interne et droit international privé*, 4º ed., Librairie Dalloz, Paris, 1967, pág. 121 y ss.; BOISSESON, M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 18, 78, 79 y 142; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 201; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 10; COHEN, D., *Arbitrage et société*, Bibliothèque de Droit Privé, dir. J. Ghestin, Tomo 229, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., Paris, 1993, págs. 228 y ss.; LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, Université de Paris, Faculté de Droit, Librairie Arthur Rousseau, Toulouse, 1932, pág. 53; JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., pág. 102; FOUCHARD, PH., « Henry Motulsky et l'arbitrage », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, Paris, 1992, págs. 526 y ss.; OPPETIT, B., « Présentation générale », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, Paris, 1988, pág. 433.

⁵⁹ XIOL RIOS, J., «El arbitraje y los Tribunales de justicia», ob.cit., págs. 73 y ss.; Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1991, fundamento de Derecho segundo y STS de 19 de octubre de 1992, fundamento de Derecho segundo; AAVV, « Rédaction des statuts et anticipation des risques de conflits », ob.cit., pág. 7; BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 102; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 228-229; VOGEL, L., «L'arbitrage commercial», en *Traité de Droit Commercial*, dir. G. Ripert, R. Roblot, Tomo I, Vol. 1, 18ª ed., Paris, 2001, pág. 320; RAMOS MÉNDEZ, F., «Eficacia de un convenio arbitral en el caso de acumulación de acciones (Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers de 26 de febrero 2001)», en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 121 y ss.

⁶⁰ Para que exista realmente actividad jurisdiccional MOTULSKY sostiene que deben existir tres elementos. El primero es una pretensión, es decir, la reivindicación de un resultado económico o social correspondiente por Derecho. Es necesario que exista también coincidencia o ausencia de ésta entre el fundamento de hecho de dicha reivindicación y los elementos necesarios para que esto se lleve a cabo. Por último es necesario que dicho litigio sea llevado ante un órgano jurídicamente habilitado para solucionarlo. MOTULSKY, H., *Écrits: Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1974, págs. 6 y ss.

está jurídicamente habilitado para solucionar el conflicto (artículo 22 LA), por ser un delegado de los poderes judiciales conferidos por el Estado, con la autoridad de la cosa juzgada entre las partes del convenio (artículo 43 LA)⁶¹.

Existe una única cosa juzgada para toda la jurisdicción como rasgo indispensable para lograr la seguridad jurídica requerida por el tráfico, evitando posibles resoluciones paralelas o sucesivas que resulten contradictorias⁶². De esta forma, precisamente por ser el laudo un equivalente jurisdiccional a través del cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que por medio de la jurisdicción civil⁶³, éste producirá los efectos de la cosa juzgada material⁶⁴, excluyendo cualquier proceso posterior cuyos sujetos, objeto y causa sean idénticos a los del proceso en el cual ya se haya dictado un laudo (artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC)⁶⁵.

⁶¹ RAU, A., PÉDAMON, C., « La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain », en *Revue de l'arbitrage*, nº 3/2001, Paris, pág. 452; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., « Artículo 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal », en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 116.

⁶² NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 119, 228 y ss.

⁶³ MERINO MERCHÁN, J., *El "equivalente jurisdiccional" en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 45; Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC), de 4 de octubre de 1993, fundamento jurídico tercero.

⁶⁴ «La cosa juzgada material designa el efecto jurídico-procesal de la sentencia consistente en que ningún otro órgano jurisdiccional puede dictar una nueva en relación con el mismo asunto, sobre el cual no puede ya renovarse la contienda. (...) La situación juzgada deviene inatacable y no sólo no puede ser objeto de un nuevo juicio o discusión entre las partes sino que debe también ser respetada en otros procesos. El instituto de la cosa juzgada cumple así una función negativa, que excluye toda decisión judicial futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, y además otra función positiva o prejudicial, por la cual la decisión anterior sobre un determinado asunto vincula en la decisión judicial de otro asunto distinto que tenga a aquél por condicionante o prejudicial». HINOJOSA MARTÍNEZ, E., «Extensión y límites de la cosa juzgada en el contencioso-administrativo», en *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, dir. F. Sospedra Navas, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIII/2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 374; SAP de Valencia nº 214/2007, de 12 de abril, fundamento jurídico segundo; STS 1069/1997 de 1 de diciembre, fundamento de Derecho cuarto; STS 452/1998 de 19 de mayo, fundamento de Derecho primero; ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Università di Firenze, Dott. A. Giurffrè Editore, Milano, 1992, págs. 1 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., «Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)», ob.cit. pág. 140.

⁶⁵ La cosa juzgada de una sentencia, al igual que la de un laudo, no tiene la intención de afectar los derechos de terceros, sino que sus efectos son relativos para las partes del proceso. A pesar de esto, como efecto natural de la misma tendrá una serie de consecuencias en la esfera jurídica de terceros al tener que respetar lo así decidido. Entre las partes tendrá una eficacia directa, pero con respecto a terceros será una especie de eficacia «refleja». ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, ob.cit., págs. 59 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., «Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)», ob.cit. pág. 130. En Derecho societario, y específicamente en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales, este razonamiento se justifica en la enmienda sufrida por el artículo 122 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA). El artículo 122 LSA regulaba los efectos de la declaración de nulidad de un acuerdo inscribible. El apartado primero decía: «la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado». Este apartado fue derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, recogiendo únicamente en el artículo 222, inciso 3º,

Y, como última consecuencia del carácter jurisdiccional del arbitraje, el poder de ejecución del laudo y su control son parte del proceso arbitral porque pertenece al Estado (artículo 517 LEC), incluso si ha sido llevado a cabo por medio de un acuerdo privado, ya que el Estado tiene el derecho y el deber de asegurar que todo proceso se desarrolle de acuerdo con las normas sobre las que él mismo se asienta. El laudo deberá ser capaz de pronunciarse sobre sus consecuencias jurídicas, tendrá carácter vinculante y deberá respetar los principios básicos de todo proceso, tales como el principio de contradictorio o el de defensa (artículo 24 LA)⁶⁶.

Pero a pesar de estas posturas doctrinales que intentan encuadrarlo dentro de los sistemas comunes, también hay quienes defienden que el arbitraje tiene una naturaleza y un carácter procesal autónomo y que el “arbitraje es arbitraje” y que esa es su naturaleza, por lo que puede considerarse como un instituto independiente y con una naturaleza jurídica propia⁶⁷.

Esta naturaleza autónoma del arbitraje se justifica en su independencia legislativa y en sus notas esenciales, tales como son el predominio de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección y la regulación del proceso, la eficacia de sus resoluciones y la flexibilidad que permite adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias, con la intención de que el proceso sea más sencillo y menos costoso que el judicial⁶⁸.

apartado tercero, que “las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado”.

⁶⁶ MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 49. En el mismo sentido AA.VV., « Rédaction des statuts et anticipation des risques de conflits », ob.cit., pág. 7; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., págs. 5 y ss.; ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 172; DUBARRY, J., LOQUIN, E., “Tribunaux de commerce et arbitrage: Paris, 1^{er} ch. c., 28 mars 2002, Sté SPEDIDAM c/ Sté civile pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes, inédit”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n°1/2003, pág. 61; GOUIFFRES, L., « L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de Justice ? », ob.cit., pág. 15; XIOL RIOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., pág. 78.

⁶⁷ BOISSÉSON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., 1990, pág. 5; HUYS, M., KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit Belge et international*, ob.cit., pág. 37; BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., pág. 46; ESPLUGUES MOTA, C., « Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa », en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Aranzadi, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pág. 183.

⁶⁸ BARONA VILAR, S., “Introducción”, ob.cit., pág. 57 y ss.; BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., pág. 47; EMBID IRUJO, J.M., “Cuestiones tipológicas en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *La reforma de la*

Coincido con esta última postura, ya que el arbitraje no tiene porqué tomar su naturaleza “prestada” de otras instituciones jurídicas, sino que es evidente que, por sus propias características, estamos ante una institución de Derecho autónoma, con una regulación y efectos propios frente a las demás figuras normativas, que más adelante diferenciaremos con el fin de evitar confusiones⁶⁹.

Es importante señalar que las teorías en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje han evolucionado y hoy por hoy existen tendencias opuestas entre los ordenamientos latinos y los anglosajones en cuanto a su concepción.

En Europa continental, por ejemplo en Italia o Francia, predomina actualmente la postura conforme a la cual el procedimiento arbitral cuenta con un carácter más jurisdiccional que negocial⁷⁰. Sostienen que, aunque en su origen el arbitraje tenga una naturaleza negocial, en el sentido de que son las partes las que han acordado someter a este procedimiento los conflictos que surjan o puedan surgir con motivo de su relación, no se puede entender un arbitraje con una naturaleza puramente negocial, en el que la Ley, por ejemplo en el arbitraje societario italiano (artículos 35.2 del Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, en adelante D. Leg. 5/2003, y 105, 106 y 107 del Código Procesal Civil italiano, en adelante C.p.c.) ha previsto expresamente la posibilidad de la intervención voluntaria de terceros y forzada de los otros socios hasta antes de la primera audiencia⁷¹. Además, la posibilidad de adoptar medidas cautelares y que el laudo tenga la misma eficacia que una sentencia judicial son otros de los

Sociedad de Responsabilidad Limitada, coord. R. Bonardell, J. Mejías, U. Nieto, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 1994, pág. 122.

⁶⁹ Ver páginas 92 y siguientes.

⁷⁰ CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, en <http://www.camerecivili.org/Convegni/Torino/Carpi/carpi.html>, [fecha de consulta 28 febrero 2007], pág. 3; GOUIFFRÈS, L., « L’arbitrage international propose-t-il un modèle original de Justice? », ob.cit., págs. 27 y ss.

⁷¹ RICCI, G., “Articolo 816: Svolgimento del procedimento”, en *Arbitrato: Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di Procedura Civile artt. 806-840*, dir. F. Carpi, Zanichelli Editore, Bologna, 2005, pág. 312; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 19 y ss, 186 y ss; MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, en *Le Società*, 1/2005, Anno XXIV, coord. V. Saletta, Milano, (Gennaio 2005), págs. 79 y ss.; CORSINI, F., “La nullità della clausola compromissoria statutaria e l’esclusività del nuovo arbitrato societario”, en *Giurisprudenza Commerciale*, 32.6, (Novembre-Dicembre 2005), Giuffrè Editore, pág. 822/I; TARZIA, G., “L’intervento di terzi nell’arbitrato societario”, en *Rivista di Diritto Processuale*, I/2004, Milano, pág. 350. Ver páginas 124 y siguientes.

argumentos esgrimidos a favor de la concepción jurisdiccional del arbitraje en el Derecho continental europeo⁷².

Al contrario de esta “jurisdiccionalización” del procedimiento arbitral, la tendencia de los ordenamientos anglosajones es a una “contractualización” del mismo. Por ejemplo, en Estados Unidos se pone el acento en el elemento contractual de la institución, permitiendo a las partes adaptarlo a sus necesidades comerciales particulares, con el fin de comprender y traducir mejor su voluntad⁷³. Incluso la Corte Suprema de ese país ha dicho que el objetivo final del arbitraje no es la resolución rápida de los litigios, sino el respeto a la voluntad de las partes tal y como se ha expresado en el convenio arbitral, aunque esto vaya en detrimento de la rapidez (*Dean Witter Reynolds v. Byrd*, 470 U.S. 213, 217, 219, 221 (1985)-USA)⁷⁴.

Estas tendencias han creado una nueva serie de ventajas y desventajas en torno a esta alternativa a la jurisdicción, que se analizarán posteriormente⁷⁵, pero adelanto que incluso han hecho que las ventajas que tanto se habían defendido y que eran la consigna del arbitraje, tales como la celeridad o la especialización de los árbitros, ya no tengan tanto sentido, producto de las reformas del procedimiento general así como del “entorpecimiento” del procedimiento arbitral al intentar asemejarlo, exageradamente, tal vez en aras de una mayor seguridad jurídica, al procedimiento jurisdiccional.

⁷² RICCI, E., “Il nuovo arbitrato societario”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 4 de junio de 2003, [fecha de consulta 28 junio 2006], pág.11.

⁷³ RAU, A., PEDAMON, C., «La contractualisation de l’arbitrage: le modèle américain», ob.cit., págs. 451 y ss.; CARBONNEAU, T., «L’arbitrage en droit américain», en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, Paris, 1988, págs. 3 y ss.; GOLDMAN, L., “Contractually Expanded Review of Arbitration Awards”, en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 8, Massachusetts, 2003, pág. 171; DODGE BYRNES, J., POLLMAN, E., “Arbitration, Consent and Contractual Theory: The implications of EEOC v. Waffle House”, en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 8, Massachusetts, 2003, págs. 289 y ss.

⁷⁴ RAU, A., PEDAMON, C., «La contractualisation de l’arbitrage: le modèle américain», ob.cit., pág. 462. También hay quienes en nuestro medio defienden estas posturas, aunque no se trata de la mayoría, como es el caso de OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 64, cuando afirma: “que nuestros planteamientos favorables al arbitraje en general y a la arbitrabilidad de la materia societaria en particular nos definan como juristas bien ubicados en nuestra época y sintonizados con nuestra circunstancia, amantes de la libertad y defensores, servidores y encauzadores de esa expresión de la misma que es el principio de autonomía de la voluntad”. Ver páginas 203 y siguientes.

⁷⁵ Ver páginas 60 y siguientes.

III. La delimitación objetiva de lo arbitrable en general y en el Derecho societario en particular: materias de libre disposición y el orden público

La arbitrabilidad puede determinarse, más que a través de una forma negativa o restrictiva de la materia que pueda ser sustraída a la vía jurisdiccional, como una aplicación de la libertad contractual para el tratamiento de los litigios (disponibilidad de la relación jurídica)⁷⁶.

De esta forma, la arbitrabilidad de la materia deberá ser tenida como regla y la no arbitrabilidad como excepción, por el principio de la autonomía de la voluntad que rige el Derecho privado. A pesar lo anterior, desde la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1988, ya no es necesario que el arbitraje verse únicamente sobre cuestiones de Derecho privado, por lo que esto significa que cabe el arbitraje en materias de Derecho público, en el campo administrativo⁷⁷ y en el Derecho de familia. Únicamente se consideran inarbitrables, de forma unánime, la materia penal o las cuestiones de estado civil de una persona, las cuestiones matrimoniales o de alimentos futuros, ya que en estos supuestos el orden público impide a los árbitros conocer de esta materia, no importa la decisión que puedan tomar, por ser materia intransigible y por tanto indisponible por las partes interesadas, así regulada en el artículo 1814 CC. Esto es lo que se conoce como orden público jurisdiccional⁷⁸.

⁷⁶ LEVEL, P., « L'arbitrabilité », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage. Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage*, Paris, 1992, pág. 214; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 8/2007, Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona, 2007, pág. 73. Hay quien considera que el concepto de disponibilidad hay que tomarlo del Derecho civil, de la contraposición de los negocios de disposición y los de mera administración o conservatorios. “Relaciones jurídicas y derechos arbitrables serán aquéllos susceptibles de los primeros. Cuando el derecho subjetivo acepte que se realicen respecto del mismo transmisiones, renunciaciones, modificaciones gravosas, etc., en principio podrá ser calificado de “disponible” y por ende, de arbitrable. Pero al mismo tiempo hemos de completar ese concepto anunciando sus límites, pues la indisponibilidad puede provenir tanto del Derecho positivo como de la propia naturaleza de la relación jurídica”. CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 21.

⁷⁷ RODRIGO LAVILLA, J., “Arbitraje y Administración del Estado”, en <http://www.diariolaley.es>, 15 de abril de 2009, [fecha de consulta 15 abril 2009]. Afirma que “en efecto, si bien es cierto que no estaría justificado someter todas las controversias jurídicas que se pudieran plantear entre la Administración del Estado y las personas físicas o jurídicas a arbitraje, la difusión de la práctica arbitral podría permitir la resolución de conflictos jurídicos relevantes que exijan una rápida solución, ya sea por su trascendencia social, o económica, con un importante ahorro de costes de carácter temporal y de carácter económico”.

⁷⁸ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 8/2007, Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona, 2007, pág. 74; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 101 y ss.; LAGARDE, X., « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », en *Revue de l'arbitrage*, nº 3, Paris, 2001, págs. 423 y ss.; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos*

En primer lugar podría afirmarse que prácticamente todos los conflictos privados pueden ser sometidos a arbitraje. Pero es el Estado quien a través de sus leyes establece una serie de materias o conflictos que requieren de una tutela especial por el ordenamiento y por el sistema en general, las cuales sustrae del poder de disposición de las partes ya que considera que de ser posible su disposición se podría afectar a los ciudadanos y especialmente al orden público⁷⁹.

De acuerdo a este razonamiento, y por ser responsabilidad de cada ordenamiento jurídico determinar qué controversias deben ser resueltas de forma obligatoria por los jueces, el artículo 2.1 LA, al igual que lo hacía la anterior Ley de Arbitraje de 1988, se limita a establecer un marco legal para el intérprete, estableciendo únicamente que será arbitrable aquello que sea disponible conforme a Derecho. Si bien es cierto que este marco legal deja muy amplios sus márgenes, no era posible hacerlo de forma diferente, ya que en su momento el legislador consideró innecesario que la Ley de Arbitraje contuviese una relación de las materias que se considerarían como de no libre disposición por los particulares, ya que se generaría una especie de enumeración infinita de posibilidades sin llegar efectivamente a abarcar todas las posibles situaciones que no serían arbitrables, permitiéndole de esta forma a la Ley de Arbitraje adaptarse a los cambios de la sociedad y al mercado sin ser necesarias constantes reformas legales⁸⁰.

“Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, ob.cit., págs. 215 y ss.; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, en <http://www.limaarbitration.net>, nº 1/2006, [fecha de consulta 1 de octubre de 2008], pág. 7; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 413. Hay quien concluye que lo disponible, en la Ley de Arbitraje, “debe ser considerado aquello que pueda ser conseguido sin acudir ante un proceso ante un Juez. Lo “indisponible”, por tanto, sería lo que precisa ineludiblemente de una declaración judicial para ser conseguido”. NIEVA FENOLL, J., “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 24; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 19; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 111.

⁷⁹ Este razonamiento también es compartido por la Directiva 2008/52/CE que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles, artículo 1.2, al afirmar que “La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente”. Esta es una forma de definir lo que debe entenderse por materia de libre disposición, estableciendo el límite en la materia que la Ley expresamente considere como no disponible por las partes de un contrato.

⁸⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 77 y ss.

En segundo lugar, el objeto de un arbitraje deberá ser un verdadero litigio entre las partes. Para saber su alcance es indispensable estudiar el convenio o la cláusula que lo regula, la cual es recomendable que sea lo más amplia posible con el fin de que a través de ella pueda resolverse el mayor número de litigios⁸¹.

En tercer lugar, un derecho será disponible cuando no exista una prohibición expresa, implícita o proveniente de su propia naturaleza, para renunciar o realizarlo de una forma diversa a aquella prevista por la Ley⁸². El ordenamiento jurídico en su conjunto es quien establece los límites al arbitraje. Cada normativa se encargará de darnos unas pautas para saber si la materia que regula se podrá considerar o no disponible, pero por lo mismo será necesario hacer un análisis para cada caso en concreto, ya que no es posible hacer, tal y como decíamos, una enumeración de todas las materias que se podrían considerar no arbitrables en un sólo documento⁸³.

A pesar de lo anterior, la misma Ley de Arbitraje, artículo 1.4, sí nos marca una pauta clara que no es posible ignorar: “quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los arbitrajes laborales”.

⁸¹ WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., págs. 51 y 82; HUYS, M., KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit Belge et international*, ob.cit., pág. 118; MUNNE CATARINA, F., “Artículo 27. Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 111.

⁸² WEIGMANN, M., “L'arbitrabilità delle controversie”, en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1258/629371/FILENAME/WEIGMANN_Arbitrabilita24.03.06.pdf, 24 marzo 2006, [fecha de consulta 1 febrero 2007], págs. 3 y ss. En Italia la concepción de que sólo podrían ser arbitrables los derechos disponibles se ha visto modificada por el artículo 35.3 D. Leg. 5/2003, incluyendo ahora materias tradicionalmente no comprometibles (tales como la impugnación de los acuerdos sociales), con el único límite de que el arbitraje deberá ser conforme a Derecho. Pero en cuanto a las controversias arbitrables, que por voluntad de la *Legge 3 ottobre 2001, n. 366* se extienden incluso a materias que no puedan ser objeto de transacción, la norma regula que el objeto principal de la controversia deba ser siempre disponible y que la cláusula puede, en cambio, prever el poder de los árbitros de conocer, aunque únicamente *incidenter tantum* y sin la eficacia de la cosa juzgada, cuestiones no comprometibles. CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, en *Giurisprudenza commerciale*, nº 33.6/2006, Giuffrè Editore, Milano, págs. 1134 y ss.; MORELLINI, L., “Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario: spunti di riflessione”, ob.cit., pág. 83; VACCARELLA, R., “Risposta a Claudio Consolo, esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistemati e penombre”, in *Corriere giuridico* 12/2002, pp.1541ss.”, en http://judicium.it/focus/focus_glo.html, 18 enero 2003, [fecha de consulta 5 febrero 2007], pág. 1; Relazione a Legge 3 ottobre 2001, n. 366. Articolo 12; GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, en *Bollettino economico. Quaderni di studi economici e giuridici*, nº 2/2003, pág. 7; CABRAS, G., “I principi dell'arbitrato e l'arbitrato societario”, ob.cit., pág. 4.

⁸³ Ya en el Digesto se establecía como parámetro de la materia arbitrable, la disponibilidad de la materia, y excluían de forma expresa los asuntos de infamia, las acciones públicas, como por ejemplo por un homicidio, las cuestiones de libertad o cuando se diera lugar a una acción popular, que se daba en aquellos supuestos en los que, además de la acción del interesado, el Estado podía perseguir el hecho por ser una ofensa para la comunidad y por tanto cualquiera podía ejercerla. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ponencia: “Fundamentos históricos del arbitraje moderno”, ob.cit.

La Ley de Arbitraje excluye expresamente la posibilidad de acudir ante un árbitro para resolver los conflictos individuales de trabajo, por ser materia no disponible así establecida por Ley. Los trabajadores se consideran sujetos dignos de tutela por parte del ordenamiento y no se les puede imponer cargas económicas o procesales que les dificulten acudir a la jurisdicción o que les generen un estado de desventaja con respecto a los empresarios en sus relaciones individuales. Otra cosa distinta es el arbitraje para determinar un derecho pecuniario proveniente de una relación laboral ya extinta, ya que en este momento las partes en conflicto se encuentran en una situación de igualdad procesal que no existe durante la relación laboral, en la que el empresario siempre cuenta con la facultad de despedirlo, estando en una clara situación de supremacía; además de que el objeto del proceso será ahora un derecho patrimonial y, por tanto, disponible⁸⁴.

En cuarto lugar, específicamente para la materia societaria, el objeto del arbitraje deberá ser un derecho disponible relativo a la relación societaria. Se considerarán derechos relativos a la relación societaria aquellos que tengan por objeto la sociedad o un derecho que nazca o sea conexo a ella. El nexo lo constituye la materia societaria y no los sujetos-socios o el sujeto-sociedad. Esto quiere decir que los derechos que importan para determinar si estamos o no ante un arbitraje societario, y por tanto su arbitrabilidad, no son los derechos extra-societarios (por ejemplo, los derechos de un socio como acreedor de la sociedad), aunque evidentemente sean socios los titulares de los mismos, sino que estos derechos deben tener su origen en las relaciones que surgen del contrato social⁸⁵.

⁸⁴ GONZALO QUIROGA, M., Tesis: *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional Público, Recurso electrónico, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2004, págs. 395 y ss.; En Brasil en cambio, a pesar de que ha habido conflictos entre la doctrina en cuanto a la constitucionalidad y legitimidad del arbitraje en materia de conflictos individuales de trabajo, se ha considerado arbitrable y más eficaz que el procedimiento judicial teniendo como una de sus principales causas el alto volumen de litigios en esta materia. Se considera que el arbitraje en materia laboral contribuye a la solución de conflictos de forma fiable, reduciendo los costes del proceso, haciendo un uso eficaz del tiempo y a la vez siendo un eficaz instrumento armonizador de los agentes envueltos en el conflicto. TELLES FERREIRA NETTO, C., “Arbitragem. Uma solução jurídica”, en <http://caesp.locaweb.com.br>, 3 de mayo de 2005, [fecha de consulta 1 octubre de 2008], págs. 1 y ss.

⁸⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 2/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 137; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, en *IV Jornada sobre el Arbitraje Mercantil*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Toledo, 21 de octubre de 2009; MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”,

Como ejemplo de que el objeto del arbitraje debe ser un derecho disponible relativo a la relación societaria, la doctrina italiana afirma, interpretando su Ley, que la cláusula compromisoria inserta en los estatutos de las sociedades de capital podrá tener como objeto las controversias relativas a la existencia/inexistencia, la calificación o la disciplina de la relación social; además de las relativas a los derechos que tienen su causa en ella, aún cuando los titulares no sean socios, como sería por ejemplo la sucesión de los derechos o de las obligaciones de los cuales era originariamente titular un socio⁸⁶.

Continuando con el análisis de los elementos que configuran el límite objetivo del arbitraje, podemos afirmar que tradicionalmente, tanto en España como en los ordenamientos vecinos, se ha asociado los derechos disponibles con su patrimonialidad⁸⁷, y, por tanto, cuando el conflicto verse sobre cuestiones susceptibles de ser reducidas a términos pecuniarios, como pueden ser la cuota de liquidación de un socio o la responsabilidad de los administradores, no hay ninguna traba para su arbitrabilidad⁸⁸.

ob.cit., pág. 82; STESURI, A., *Gli arbitrati societari*, ob.cit., págs. 156 y ss.; ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, en http://www.giur.uniroma3.it/themes/GiurBlue/docenti/zoppini/zoppini_file/Zoppini-5.pdf, 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007], pág. 9; CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 5.

⁸⁶ LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, en http://judicium.it/focus/focus_glo.html, 30 marzo 2003, [fecha de consulta 24 julio 2006], pág. 7; ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 385.

⁸⁷ CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 5; ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 9; Tribunale di Biella, sentenza 22 marzo 2006, Pres. L. Grimaldi, Est. E. Reggiani, en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/452.htm>, [fecha de consulta 26 febrero 2007]; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit. pág. 4; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 497; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 215; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 431.

⁸⁸ Para CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 2 julio 2008, la acción de responsabilidad contra los administradores afecta al patrimonio social en general, entonces se tratará de materia arbitrable siempre y cuando se haya contemplado de manera clara en la cláusula arbitral; pero al igual que la acción individual de responsabilidad, el socio afectado en su patrimonio directamente podrá acudir al arbitraje, porque está vinculado por los estatutos, pero esa acción también la pueden ejercitar los acreedores, los cuales no estarán vinculados por la cláusula arbitral y el juez de lo mercantil será el único competente; salvo acuerdo expreso para el caso concreto de someter el asunto a un arbitraje *ad hoc* y no con causa en la cláusula arbitral. En este sentido MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 462 y ss., al afirmar que es unánime la doctrina en reconocer la arbitrabilidad, tanto de acción social como de la acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales, porque la LSA admite la transacción en este género

De igual modo, los derechos no patrimoniales pero que puedan generar una obligación resarcitoria serán disponibles y por tanto transigibles y arbitrables; como sería por ejemplo, en el Derecho italiano, el derecho a compensación de un socio por carecer del porcentaje requerido para impugnar⁸⁹.

En este análisis es necesario también estudiar las normas propias del Derecho comparado para saber si estamos frente a materia arbitrable o no, ya que existen ciertas particularidades que permiten o prohíben expresamente determinados asuntos para ser sometidos a arbitraje, sin que sean del todo uniformes entre ellos.

En Francia, por ejemplo, hay que tener presente la prohibición absoluta de incluir una cláusula de este tipo en los contratos civiles entre particulares⁹⁰; ya que se permite el arbitraje mediante cláusula compromisoria únicamente para los supuestos expresamente enumerados en el artículo L721-3 de su Código de Comercio, que son

de conflictos, reconociendo de esta forma la disponibilidad de la materia y la validez del compromiso arbitral, sin importar quien ejercite dicha acción: la sociedad, los socios minoritarios o los acreedores; ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 401; TEDOLDI, A., “Le questioni pregiudiziali di nullità nell’arbitrato rituale: dall’art. 819 c.p.c. all’arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5)”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 26/04/2004, [fecha de consulta 9 mayo 2006], pág. 16; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 414. Aunque sostienen que el arbitraje que se lleve a cabo será viable cuando la acción la ejercite la sociedad o los accionistas en los términos previstos en la Ley; sin que pueda ser efectiva para los acreedores de la sociedad (artículo 134 LSA), porque éstos no están vinculados por la cláusula estatutaria. Pero hay que tener en cuenta también quiénes estarán vinculados por la cláusula arbitral, tal y como se estudiará más adelante, porque por ejemplo para el supuesto de una acción individual de responsabilidad contra los administradores (artículo 135 LSA), se trata de una acción indemnizatoria, pero que pueden ejercitar tanto los socios como los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos. En el caso de los terceros, por más que se trate de una acción indemnizatoria, no será arbitrable con causa en la cláusula estatutaria de arbitraje, aunque si lo quisieran podrían acudir a la vía arbitral a través de un compromiso *ad hoc*. Para el supuesto de ser los socios quienes establezcan frente a los administradores esta acción, sólo podrá ser ejercitada en vía arbitral en los supuestos en que la acción dañosa lo ha sido en la esfera de competencia orgánica del administrador. CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 46 y ss.; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

⁸⁹ El derecho a compensación por carecer del porcentaje requerido para impugnar un acuerdo social consiste en sustituir los derechos del socio por un mecanismo alternativo de naturaleza resarcitoria, manteniendo la estabilidad del acuerdo (artículo 2377 del Código Civil italiano). Esta especialidad del Derecho italiano será estudiada con más profundidad en el capítulo correspondiente al Derecho comparado.

⁹⁰ OPPETIT, B., « La clause arbitrale par référence », ob.cit., pág. 557; GRECH, G., *Précis de l’arbitrage commercial. Traité pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1964, pág. 24; JARROSSON, Ch., *La notion d’arbitrage*, ob.cit., pág. 186; FOUCHARD, PH., « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, Paris, 2001, pág. 411; BOISSESON, M., *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 46; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 39; ROBERT, J., *L’arbitrage : droit interne, droit international privé*, 6^e ed., ob.cit., pág. 60.

específica y taxativamente aquellos competencia de los Tribunales de Comercio⁹¹, siendo esto una particularidad suya frente a los demás ordenamientos estudiados. Las sociedades mercantiles son comerciantes por definición y, por tanto, tienen la facultad de introducir cláusulas compromisorias en sus estatutos, mientras que lo que acuerden someter a arbitraje no vaya en contra del orden público⁹², y no se trate de sociedades unipersonales; ya que la cláusula compromisoria debe por lo menos vincular a dos partes para que sea posible que pueda existir un conflicto entre ellas. Un contrato no podrá efectivamente contener una cláusula compromisoria a menos que exista la posibilidad de devenir sinalagmático⁹³. Por tanto, la cláusula compromisoria solamente será posible acordarla o en el seno de las sociedades mercantiles o para resolver los conflictos que surjan por razón de una actividad profesional (artículo 2061 Código Civil francés)⁹⁴, excluyendo a las Sociedades civiles, las cuales, en cambio, sí podrán acudir al arbitraje pero únicamente mediante un compromiso arbitral para el caso concreto⁹⁵.

Siguiendo estos principios, en Francia, el control se efectuará a nivel del laudo en lugar de en los convenios de arbitraje, ya que aquél puede ser anulado o ver denegada su ejecución si es contrario al orden público⁹⁶. El artículo 1484 del Nuevo Código Procesal Civil francés establece las causas taxativas por las que un laudo puede

⁹¹ BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 46; OPPETIT, B., "La clause arbitrale par référence", ob.cit., pág. 557; CREMADES, J., "Cuatro lustros de la Ley francesa de Arbitraje Comercial Internacional", ob.cit., pág. 16; LEVEL, P., "L'arbitrabilité", ob.cit., pág. 219; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 42 y ss. En cuanto a los actos mixtos, existe una postura, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesa, favorable a la introducción de la cláusula arbitral, apoyada además por la reforma efectuada en el año 2001 del artículo 2061 Código Civil, en la que se permite introducir la cláusula compromisoria en los contratos que tengan su causa en una actividad profesional. REIFEGERSTE, S., « Arbitrage. Application au président du conseil d'administration d'une société membre d'un groupement coopératif de la clause compromissoire stipulée dans le règlement intérieur du groupement », en *La Semaine Juridique. Entreprise et affaires*, n° 9/2007, pág. 19; VOGEL, L., "L'arbitrage commercial", ob.cit., págs. 318 y ss.

⁹² ROBERT, J., *Arbitrage civil et commercial: droit interne et droit international privé*, ob.cit., págs. 45 y 134; BOISSESON, M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 36 y ss; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 27; LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., pág. 36.

⁹³ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 27; ROBERT, J., *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, 6º ed., ob.cit., pág. 62.

⁹⁴ MOREAU, B., SIHVOLA, S., « L'application dans le temps de la loi NRE en matière d'arbitrage », ob.cit., pág. 1929.

⁹⁵ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 39; NAMMOUR, F., *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, EJA, Paris, Emile Bruylant, SA, Bruxelles, Éditions Delta, Beyrouth, 2005, págs. 155 y ss.; FOUCHARD, PH., « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », ob.cit., pág. 399; VOGEL, L., "L'arbitrage commercial", ob.cit., pág. 318.

⁹⁶ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 117 y ss.; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 59, 97 y 496 y ss.; LEVEL, P., « L'arbitrabilité », ob.cit., pág. 237; LAGARDE, X., « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », ob.cit., pág. 425.

ser anulado y entre ellas se encuentra la violación del orden público⁹⁷. Si la libre disponibilidad de un derecho supone la posibilidad de renunciar a él y las normas de orden público constituyen el límite a la libre disponibilidad, por tanto no es posible renunciar a ellas (artículo 2060 Código Civil francés)⁹⁸, y en un arbitraje deberán respetarse siempre⁹⁹.

En Inglaterra, por otro lado, las partes pueden someter a arbitraje los litigios que afecten a sus intereses civiles, es decir, aquellos en los que se reclamen daños de carácter eminentemente patrimonial; aunque también se podrá arbitrar determinada materia penal o no patrimonial en cuanto que ésta sea comprometible¹⁰⁰. En general se acepta que cualquier asunto que pueda ser decidido de forma privada por las partes, o cualquier derecho sobre el cual tengan libre disposición, puede ser arbitrado, siempre que no se viole la competencia exclusiva de los Tribunales¹⁰¹. Quedan fuera de la materia arbitrable los asuntos concernientes a las causas criminales, las transacciones ilegales o los fraudes, los asuntos de familia, el estado civil de las personas, cuando

⁹⁷ Un norma de Derecho privado es de orden público cuando está motivada en la protección de un “bien” general, que se vería comprometido si las partes pudieran derogarlo. En una comunidad en la que la iniciativa privada es de gran importancia, el legislador no limita esta libertad de los individuos sino únicamente cuando es incompatible con las ideas esenciales sobre las que reposa, necesario para el mantenimiento del orden social. Pero estas normas constituyen la excepción. CHRISTIANE, B., *La notion d'Ordre Public en matière de nullités*, Imprimerie Centrale du Nord, Lille, 1939. págs. 9 y ss. “El orden público se constituye en un concepto siempre contingente y mutable ya que depende nada menos que de una trilogía de variables, las cuales pueden llegar a combinarse entre sí: la espacial, la temporal y cómo no, la política”. DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 18.

⁹⁸ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 44, 105 y ss.; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 112 y ss.; FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 150; BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 127; LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., pág. 39 y ss.; AA.VV., « Rédaction des statuts et anticipation des risques de conflits », ob.cit., pág. 11; FOUCHARD, PH., « Henry Motulsky et l'arbitrage », ob.cit., pág. 533. Artículo 2060 Código Civil francés (*Ley n° 75-596 de 9 de julio de 1975 Diario Oficial de 10 de julio de 1975*). No se pueden establecer compromisos sobre las cuestiones de estado y de capacidad de personas, sobre las relativas al divorcio y la separación de cuerpos o sobre las disputas que interesen a las colectividades públicas y los establecimientos públicos y más generalmente en todas las materias que interesen al orden público. Sin embargo, determinadas categorías de establecimientos públicos de carácter industrial y comercial pueden ser autorizadas por decreto a comprometer.

⁹⁹ BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 28; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 112; GONZALO QUIROGA, M., Tesis: *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, ob.cit., págs. 214 y ss.

¹⁰⁰ WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., págs. 22 y ss.

¹⁰¹ HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, ob.cit., pág. 556; WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 64.

exista una regulación especial sobre determinada materia (por ejemplo, el Derecho de consumo) y en general todo aquello en contra del orden público¹⁰².

En cambio, en Estados Unidos existe una presunción a favor de la arbitrabilidad de una cuestión y está permitido arbitrar incluso cuestiones que en otros ordenamientos cuentan con una protección especial por parte del Estado, tal y como son el Derecho laboral o los derechos del consumidor (*Moses H. Cone Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24-25 (1983)-USA)¹⁰³.

Por su parte, en Alemania, el arbitraje tiene como límites objetivos la patrimonialidad y la disponibilidad de la materia¹⁰⁴. Un conflicto tiene naturaleza patrimonial cuando tiene por objeto una suma de dinero o cuando es cuantificable en dinero. Y estamos frente a materia disponible cuando las partes pueden efectuar un contrato de transacción sobre dicha materia (§ 1030.1 ZPO)¹⁰⁵. La materia inarbitrable será únicamente aquella excluida por la Ley y por tanto exclusiva de los Tribunales, sin que, en todo caso, la atribución a un determinado Tribunal sea producto de una mera organización administrativa de competencias del Poder Judicial, sino que esta sea hecha porque el objeto de regulación merece dicha tutela¹⁰⁶. Por ejemplo, quedan totalmente excluidos de la posibilidad de arbitraje los asuntos de patentes, de arrendamientos, los

¹⁰² WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 23; FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 151; LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., pág. 31; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 117 y ss.

¹⁰³ MAISONNEUVE, M., « Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability », en *Revue de l'arbitrage*, n° 1/2005, Comité Français de l'arbitrage, Éditions Litec, Paris, págs. 102 y ss.

¹⁰⁴ SANGIOVANNI, V., « L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano », ob.cit., págs. 773 y ss.; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., « Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje », Capítulo 63, en: *Derecho de Sociedades: Libro en Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid 2002, pág. 2015; LAPIEDRA ALCAMI, R., « Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998 », en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, n° 2/1998, Madrid, pág. 313.

¹⁰⁵ TRITTMANN, R., « Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens- Neuregelungs- gesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten », ob.cit., pág. 348; FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 149; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit. pág. 141; NIGGEMANN, F., « Le nouveau droit allemand de l'arbitrage », ob.cit., pág. 645; SANGIOVANNI, V., « L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano », ob.cit., pág. 773; NIGGEMANN, F., « Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne », ob.cit., pág. 227; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., « La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima », ob.cit., pág. 431.

¹⁰⁶ NIGGEMANN, F., « Le nouveau droit allemand de l'arbitrage », ob.cit., pág. 658; LÜKE, W., BLENSKE, H., « Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten – Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung- », ob.cit., pág. 262. El laudo será contrario al orden público cuando viola un principio fundamental de la vida estatal, económica o social alemana (§ 1059.2.b ZPO). NIGGEMANN, F., « Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne », ob.cit., pág. 247.

procesos concursales o las relaciones individuales de trabajo, así como los asuntos de divorcio, filiación y cualquier otro que tenga que ver con el estado civil de las personas¹⁰⁷. En cambio, al ser muchos de los conflictos societarios de naturaleza patrimonial, la doctrina alemana la considera como materia susceptible de ser arbitrada, salvo aquellos conflictos societarios que hayan sido excluidos de esta posibilidad¹⁰⁸.

Continuando con la delimitación objetiva de lo arbitrable es importante estudiar el equilibrio que se intenta alcanzar entre la inderogabilidad del Derecho, los aspectos de orden público y la autonomía de la voluntad. Por esto, es necesario en este apartado distinguir también, en concreto, la inderogabilidad que caracteriza la normativa de las sociedades de capital de la disponibilidad de un derecho, ya que aunque un socio pueda disponer de sus derechos, el árbitro no puede dejar de aplicar el orden público y las normas imperativas, al igual que el juez¹⁰⁹.

Es necesario aclarar que los conceptos de orden público y de norma imperativa no son sinónimos. El primero protege los intereses generales de la comunidad sobre los intereses individuales o colectivos, bien sean los estrictamente estatales o aquellos sobre los que reposa el orden económico o moral de una sociedad; mientras que una norma

¹⁰⁷ NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, ob.cit., págs. 645 y ss.; TRITTMANN, R., “Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens- Neuregelungs- gesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten”, ob.cit., pág. 348.

¹⁰⁸ SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, ob.cit., pág. 777; SCHMIDT, K., „Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-“, en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, n° 4, 1988, págs. 528 y ss. En la Exposición de Motivos del proyecto de Ley de arbitraje que modificó el Libro X ZPO, se precisaba, dentro de la materia patrimonial y por tanto como arbitrables, específicamente en Derecho societario, los conflictos surgidos de un contrato de transferencia de beneficios o pérdidas entre Sociedades Anónimas dominantes y sus dependientes (§ 291 *Aktiengesetz*, en adelante AktG), el convenio entre una Sociedad de Responsabilidad Limitada y su socio, incluyendo la renuncia al derecho a indemnización por falta de pago de una aportación (§ 9.b *Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, en adelante GmbHG), o los acuerdos entre una Sociedad de Responsabilidad Limitada y sus administradores sobre su responsabilidad (§ 43 GmbHG). NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, ob.cit., pág. 645.

¹⁰⁹ CORSINI, F., “La nullità della clausola compromissoria statutaria e l’esclusività del nuovo arbitrato societario”, ob.cit., págs. 822/1 y ss.; WEIGMANN, M., “L’arbitrabilità delle controversie”, ob.cit., pág. 3; CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 4; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 89; TEDOLDI, A., “Le questione pregiudiziali di nullità nell’arbitrato rituale: dall’art. 819 c.p.c. all’arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5)”, ob.cit., pág. 17; GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, ob.cit., pág. 9. Las normas inderogables, en sentido estricto, son aquellas que fijan los límites insuperables dentro de los cuales la autonomía privada es libre para determinarse. CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, ob.cit., pág. 1136. SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 16 de septiembre de 2004, fundamento de Derecho tercero.

imperativa puede mirar a proteger intereses privados. De esta forma, el ámbito de la Ley imperativa es mayor que el del orden público¹¹⁰.

Las normas imperativas tienen como función proteger determinados intereses y por tanto no puede renunciarse a ellas, a menos que ya no sea necesaria dicha protección o tutela sobre un hecho o sobre una situación jurídica concreta. Como ejemplo de una norma imperativa podríamos señalar el artículo 1449 del Código Civil (en adelante CC), que dice que el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. En cambio, los derechos que resultan de normas de orden público no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser objeto de renuncia, como por ejemplo serían los derechos que se derivan del estado civil o del derecho de filiación (artículos 108 y siguientes CC)¹¹¹.

El orden público constituye un límite negativo extralegal e inmanente a la autonomía de la voluntad, que debe ser determinado en cada caso concreto por la jurisprudencia conforme a la Constitución y a las leyes, a través de una interpretación restrictiva, porque de lo contrario se crearía una inseguridad del tráfico jurídico por la posibilidad de impugnación durante un tiempo indefinido¹¹².

La elección de la vía arbitral lo que comporta es una disposición de la acción y no del Derecho, por tanto no va en contra del carácter imperativo o de orden público de la norma¹¹³. Las partes podrán, en materia societaria, disponer de la vía por medio de la

¹¹⁰ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, ob.cit., pág. 292; ROVIRA, A., *Pactos de socios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 107.

¹¹¹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 45; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 424; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 30/2008, Editorial Aranzadi, Navarra, págs. 523 y ss.

¹¹² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., págs. 518 y ss.

¹¹³ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 20 y ss.; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 215; BOVE, M., “Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale”, ob.cit., págs. 1 y ss. La jurisprudencia estadounidense ha apoyado estas posiciones, y ha dicho que el árbitro debe aplicar el Derecho relevante para el caso concreto, garantizando así el debido proceso y el principio de contradictorio indispensables en cualquier proceso; y que optar por un arbitraje no consiste en renunciar a que se aplique el Derecho sustantivo, sino que solamente es un cambio en la vía para resolver el conflicto (*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 628 (1985)-USA). MAISONNEUVE, M., « Le droit américain de

cual quieren resolver sus controversias, no así de la normativa que ha de ser aplicada de igual modo tanto en el proceso jurisdiccional como en el arbitral¹¹⁴, ya que las normas inderogables no pueden ser eliminadas a través de un acuerdo privado¹¹⁵.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 72/2005, de 16 de marzo, en su fundamento de Derecho tercero sostiene que el único límite a la arbitrabilidad en el Derecho societario es la impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público. Dice que “este límite del orden público no puede identificarse con normas imperativas, y por tanto no dispositivas, pues en ese caso, sobre todo en materia de sociedades, apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de *ius cogens*, ya que casi toda la Ley de Sociedades Anónimas goza de este carácter imperativo. La concurrencia de normas

l’arbitrage et la théorie de l’unconscionability », ob.cit., pág. 109; CARBONNEAU, T., « L’arbitrage en droit américain », ob.cit., pág. 5.

¹¹⁴ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 76; ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 5; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. págs. 151 y ss.; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 27 de abril de 2005, fundamento jurídico segundo; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 429; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 26 y ss.

¹¹⁵ ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 388; TEDOLDI, A., “Le questione pregiudiziali di nullità nell’arbitrato rituale: dall’art. 819 c.p.c. all’arbitrato societario (art. 35, 3º comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5)”, ob.cit., pág. 18; GIRARDI, C., MENGIOZZI, A., “I limiti dell’arbitrato nelle controversie societarie”, en *Le Società*, nº 2/2008, IPSOA, Grupo Wolters Kluwer, Milano, págs. 235 y ss.; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit. pág. 4; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 497; GOLDMAN, L., “Contractually Expanded Review of Arbitration Awards”, ob.cit., pág. 172; RAU, A., PÉDAMON, C., «La contractualisation de l’arbitrage: le modèle américain», ob.cit., págs. 470 y ss.; SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, ob.cit., pág. 774; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., págs. 44, 105 y ss., 159, 237 y ss.; Artículo 6 Código Civil francés. *No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres*. COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 98 y ss., 112; ROBERT, J., *Traité de l’arbitrage civil et commercial en droit interne*, ob.cit., págs. 30 y ss., 96 y ss.; MOTULSKY, H., *Écrits. Études et notes sur l’arbitrage*, ob.cit., pág. 54; ROBERT, J., *L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 22; MEYER, P., « La sentence contraire à l’ordre public au fond », en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, Paris, 1994, pág. 635; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 217; IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, ob.cit., pág. 6; STS de 19 de octubre de 1991, fundamento de Derecho segundo; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, ob.cit., págs. 293 y ss.; CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 288; GÓMEZ JENE, M., “Crónica de Jurisprudencia”, ob.cit., pág. 175; GIAVARI, S., *Tesi di Laurea Specialistica: Il “nuovo” arbitrato societario e il regime della clausola compromissoria*, dir. S. Azzali, Università Commerciale “Luigi Bocconi”, Facoltà di Economia, Milano, Corso di Laurea in Giurisprudenza 2006/2007, págs. 57 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 31; GALLEGÓ SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 32, Thomson Reuters, 2009, pág. 70.

imperativas en la controversia, lejos que excluir el arbitraje lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas. Y así, mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso –cuyo límite viene marcado no solo por el art. 1814 CC sino también por el interés u orden público y el perjuicio para tercero (art. 6.2 CC)-, cabe imaginar una disposición anticipada para que esta controversia se dirima por medio de arbitraje. Por otra parte, en la medida en que el pacto arbitral afecta al medio a través del cual se va a resolver la controversia, y no a la regla aplicable al caso, carece de relevancia que el acuerdo sea impugnado por ser nulo o anulable (...). El único caso de indisponibilidad previsible, al que se refieren el art. 2.1 LAP, la STS 18 abril de 1998, y los propios estatutos de la sociedad, afectaría a la impugnación de acuerdos nulos por ser contrarios al orden público, pues en este caso la acción no estaría sujeta a ningún plazo de caducidad ni existiría restricción en la legitimación”.

Por estas razones es que en el Derecho italiano se prevé como única posibilidad para el arbitraje societario el arbitraje de Derecho (artículo 36 Decreto Legislativo 5/2003), ya que consideran que si se pudiera acudir en esta materia a un arbitraje de equidad podría eludirse la aplicación estricta de la Ley y podrían (aunque de acuerdo a los principios que rigen esta materia no deberían) darse violaciones manifiestas de las normas imperativas, generando o reconociendo derechos inexistentes, tal y como ocurrió aquí en España en la sentencia del Tribunal Constitucional 9/2005, de 17 de enero, en la que se reconoció un derecho de separación inexistente de un accionista de una Sociedad Anónima, tras un recurso de amparo presentado contra un recurso de anulación de un laudo. El Tribunal Constitucional sostuvo que únicamente tiene competencia para conocer en la medida en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al laudo, si existió una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, superando su competencia las pretensiones del recurrente de declarar como arbitrario el contenido del laudo dictado en equidad (fundamentos jurídicos segundo y tercero).

Esta sentencia ha sido criticada por la doctrina y su máximo representante ha dicho que “la interpretación según la cual el arbitraje de equidad permite al árbitro no aplicar (derogar) normas imperativas es aberrante. Es contraria a nuestro sistema de fuentes del Derecho y no puede encontrar fundamento en el artículo 3.2 CC. Si

entendiéramos que en méritos de lo pactado en el convenio arbitral se autoriza al árbitro de equidad a prescindir del Derecho imperativo estaríamos infringiendo las prohibiciones contenidas en los artículos 6.2 y 6.3 del CC (renuncia inadmisible a la Ley imperativa)”¹¹⁶.

Determinar el orden público es un proceso en el que participan la jurisprudencia y el legislador de forma conjunta. A pesar de que es la jurisprudencia la encargada de ir determinando qué se entiende por orden público en cada momento, es el legislador el que marca el punto de partida de una nueva etapa de lo que ha de entenderse por orden público; pero éste último lo que hace en realidad es traducir, dentro de la legislación, los cambios constatados en los usos comunes y las necesidades de los ciudadanos. Por lo tanto, existe reciprocidad entre el orden público y la Ley, ya que las variaciones del orden público exigen cambios legislativos, que a su vez afectan a la vida en comunidad¹¹⁷.

En concreto en el Derecho societario, la jurisprudencia ha dado un salto cualitativo y reconoce actualmente la disponibilidad y la arbitrabilidad de las cuestiones societarias, además de la eficacia de las cláusulas arbitrales estatutarias. A la par de este reconocimiento, la jurisprudencia también se ha interesado en diferenciar conceptos que generalmente suelen llevar a equívocos, como son las normas imperativas o de *ius cogens*, propias del Derecho societario, la arbitrabilidad de la materia como disponible entre las partes del conflicto, o el cauce procesal escogido para la resolución de sus controversias¹¹⁸.

Por consiguiente, a pesar de que el orden público constituye un límite al ejercicio de los derechos de los ciudadanos, se trata de un concepto jurídico

¹¹⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 298. En el mismo sentido CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 27 y ss.

¹¹⁷ CHRISTIANE, B., *La notion d’Ordre Public en matière de nullités*, ob.cit., págs. 19 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., págs. 513 y ss.

¹¹⁸ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 153.

indeterminado, pero determinable. Esta determinación de su contenido es indispensable al momento de su aplicación a un caso concreto¹¹⁹.

Es necesario aclarar que el orden público que debe ser respetado no es cualquier orden público (artículo 41.1.f LA), sino que se refiere al orden público interno español y, dentro de este, se centra en el orden público constitucional, es decir, en los principios, valores y derechos fundamentales que resultan inderogables ante la autonomía de la voluntad¹²⁰. “El hecho de que aparezca el concepto de orden público junto al de la Ley, limitando la autonomía de la voluntad, también es indicativo de que el orden público no puede referirse a otra cosa distinta que al propio orden constitucional, toda vez, que éste es el único que puede anteponerse a la propia Ley, para limitar, entre otras cosas, la autonomía de la voluntad”¹²¹.

En el Derecho societario en específico, sólo es posible clasificar de orden público aquellos (y no todos) principios configuradores de la Sociedad Anónima o Limitada que recojan, plasmen o concreten “los principios ideológicos, políticos y económicos que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico e informan el entero sistema del ordenamiento jurídico”¹²².

Por tanto será solamente orden público societario, aquellas normas que configuren la estructura institucional societaria, tales como aquellas que regulen el reconocimiento del carácter de sujeto de Derecho de la Sociedad mercantil y los requisitos propios de los tipos sociales en cuanto que de ellos se derivan consecuencias importantes para la organización de los derechos y obligaciones de la persona colectiva, en aras de la seguridad jurídica requerida por el ordenamiento y por el tráfico comercial.

¹¹⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La cláusula de orden público como límite –impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1975, pág. 33; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, ob.cit., pág. 74.

¹²⁰ MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., págs. 43 y ss.; STC 43/1986, de 15 de abril, fundamento jurídico cuarto; SAP de Ourense (Sección 2ª) nº 15/2001, de 10 de enero, fundamento jurídico segundo; SAP de Burgos (Sección 3ª) nº 575/2002, de 30 de octubre, fundamento de Derecho tercero; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 27 de abril de 2005, fundamento jurídico segundo; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, ob.cit., págs. 45 y ss.; REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, ob.cit., págs. 128 y ss.

¹²¹ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, ob.cit., pág. 296.

¹²² SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., pág. 528.

El resto de las normas que regulen esta materia se tendrán como imperativas, pero no como normas de orden público societario¹²³.

IV. El logro de la tutela judicial efectiva a través del arbitraje (y específicamente en los conflictos societarios)

El arbitraje es un procedimiento que pretende resolver con garantías una controversia jurídica. A pesar de esto, ha habido sectores doctrinales que lo han considerado como una amenaza o como una forma de burlar la justicia. Pero aunque el arbitraje es producto del ejercicio de la libertad de los ciudadanos frente al Estado, es el mismo Estado quien “asegura a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva, no como un derecho de libertad, pero sí como un derecho prestacional, pero no puede imponer a los ciudadanos el ejercitar ese derecho y tampoco puede limitar la libertad de esos ciudadanos para acudir a otros sistemas de decisión de sus controversias”¹²⁴.

El artículo 24 de la Constitución española (en adelante CE), garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹²⁵. Este es un derecho básico que se protege a través de diversas leyes, dentro de las cuales está la Ley de Arbitraje (artículo 24.1 LA).

¹²³ ROVIRA, A., *Pactos de socios*, ob.cit., pág. 107; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 27.

¹²⁴ MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, ob.cit., pág. 107; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 60. Debe escogerse esta vía de una forma totalmente voluntaria y no puede ser impuesta a las partes, como los arbitrajes forzosos que existieron pero que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado en enmendar, declarando la consiguiente nulidad de dichos preceptos. Tal es el caso del artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. La Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Pleno, nº 174/1995, de 23 de noviembre, fundamentos de Derecho tercero y cuarto, declaró inconstitucional este artículo, ya que establecía un sistema de arbitraje imperativo e institucional, al ser necesario para acceder a la jurisdicción el consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. Establece la sentencia que el fin del arbitraje es ser un medio idóneo para descargar a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa y obtener una mayor agilidad en la solución de controversias, pero “al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al Derecho de todas las personas “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus Derechos e intereses legítimos”. En el mismo sentido se encuentra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 17 mayo de 1996, AC 1996/833, cuando dice en su fundamento de Derecho segundo, refiriéndose a la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional, que es nulo el precepto que determina la imposición de un arbitraje obligatorio *ex lege* siempre que la cuantía del litigio no exceda de 500 pesetas (artículo 38.2 párrafo 1º Ley 16/1987), y no a través de su causa natural que sería la propia voluntad de los interesados.

¹²⁵ STC (Sala segunda), 334/1993, de 15 de noviembre, fundamento jurídico segundo; STC (Sala primera), 76/1999, de 26 de abril, fundamento jurídico tercero; SAP de Madrid (Sección 11ª) de 23 de septiembre de 2000, fundamento de Derecho segundo.

Quienes optan por la vía arbitral no están renunciando a la tutela judicial efectiva de los tribunales del Estado en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino que se están poniendo de acuerdo para utilizar una vía alternativa al proceso estatal. Esto es reflejo directo de la libertad, valor superior del ordenamiento jurídico, junto con la justicia y la igualdad (artículo 1.1 CE). La Constitución española no impone acudir a la jurisdicción de forma exclusiva y excluyente, sino que admite la solución extrajudicial de los conflictos que se fundamenten en la propia voluntad de los interesados¹²⁶.

El artículo 24 CE expresamente dice:

1. *Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*
2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

Los derechos subjetivos consagrados en el artículo 24 CE tienen naturaleza procesal y garantizan ciertas reglas y principios básicos. El ámbito de este derecho a la tutela judicial efectiva es universal, es decir, comprende todo tipo de intereses y derechos legítimos, garantizando que toda situación jurídica tenga una tutela

¹²⁶ GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., pág. 58; MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, ob.cit., pág. 104; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 21; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 15 y ss.; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, ob.cit., pág. 61; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 20.

jurisdiccional¹²⁷. Esto no excluye que la resolución de un conflicto se lleve a cabo mediante árbitros, ya que esta es otra posibilidad legalmente contemplada y por tanto permitida. A través del arbitraje se ejerce también el derecho fundamental a la tutela de los tribunales, ya que el árbitro debe prestar dicha tutela igual que un juez, aplicando unas mismas garantías constitucionales (artículo 24 LA)¹²⁸.

El artículo 24 de la Ley de Arbitraje, regula los principios de igualdad, audiencia y contradicción y dice:

1. *Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.*
2. *Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.*

Según la propia Exposición de Motivos de la anterior Ley de Arbitraje (1988), “el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el Título VII regula un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley”. Aunque en la actual Ley de Arbitraje (2003) no se haga ninguna referencia de este estilo, se considera que en ella se encuentra asumida su legitimidad constitucional.

Con base al principio de autonomía de la voluntad, consagrado como valor supremo del ordenamiento jurídico, los ciudadanos van a tener varias opciones de instrumentos para resolver sus controversias, por lo que podrán lícitamente optar por la

¹²⁷ MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 46.

¹²⁸ LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, ob.cit., pág. 13; GARCÍA LAGARES, J., “Arbitraje, seguridad jurídica y empresa”, ob.cit.; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 212; IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, ob.cit., pág. 2; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 47; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 2 y ss.

vía arbitral cuando esta ofrezca garantías análogas al proceso jurisdiccional¹²⁹. Cuando se escoge la vía arbitral no se está abdicando al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se está sustituyendo, voluntariamente, el sujeto con el deber de prestarla. El arbitraje debe considerarse como una manifestación del, igualmente constitucional, derecho de escoger la vía más conveniente para las partes por medio de la cual quieren resolver sus controversias¹³⁰.

En una línea similar, el Tribunal Constitucional ha definido reiteradamente al arbitraje como un “equivalente jurisdiccional”, garantizando la tutela de los derechos de los ciudadanos por el Estado, afirmando su constitucionalidad y otorgándole al laudo el mismo valor y eficacia que a una sentencia, aunque sea un procedimiento desarrollado de forma privada¹³¹. “La fuerza jurídica que el ordenamiento jurídico ha venido otorgando y otorga a la decisión arbitral, las garantías de los principios esenciales del proceso que se predicen y exigen del sistema arbitral en su conjunto, abogan por la consideración del arbitraje como uno de los medios de tutela que los ordenamientos jurídicos han querido presentar a los ciudadanos. Ese medio de tutela, al que se acude por ejercicio de la libertad, es controlado por el Estado, tanto desde el punto de vista legislativo —es el Poder Legislativo el que aprueba la Ley de Arbitraje— como desde el punto de vista del Poder Judicial, a través del ejercicio de la posible anulación del laudo firme (...), o a través de la función de ejecutar lo juzgado por los árbitros”¹³².

¹²⁹ CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 34; STC, Sala Primera, 9/2005, de 17 de enero de 2005, fundamento jurídico segundo. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6947; LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, ob.cit., pág. 1; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 27.

¹³⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6947; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 61.

¹³¹ STC 62/1991, de 22 de marzo, fundamento jurídico quinto; MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, ob.cit., pág. 106; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 26, 2006-1, pág. 296; BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., págs. 53 y ss.; IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, ob.cit., págs. 4 y ss.; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 47.

¹³² BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., pág. 57; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., págs. 38 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. págs. 49 y ss.; STC 9/2005 (Sala Primera), de 17 de enero, fundamento jurídico nº 5; XIOL RÍOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., pág. 76; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 202.

Por ejemplo, la Sentencia nº 176/1996 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, afirma en su fundamento jurídico cuarto, tras el recurso de amparo presentado alegando menoscabo al derecho de tutela judicial efectiva garantizado en la Constitución por no haber entrado el órgano jurisdiccional a valorar el fondo del asunto, ante una acción de anulación del laudo, que “tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 C.E.). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción -pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995- legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)”.

La acción de anulación del laudo tiene una naturaleza jurídica propia, de carácter extraordinario y con los motivos tasados por el legislador, con el fin de que no se convierta en una segunda instancia contra el laudo arbitral y sin que se pueda admitir, bajo ningún supuesto, la renuncia anticipada a una posible impugnación del laudo, al ser este recurso garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (artículos 40 y siguientes LA)¹³³.

¹³³ CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 22; MARTÍN BRAÑAS, C., “La anulación del laudo arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4/2003,

La SAP de Burgos (Sección 2ª), de 7 de octubre de 1999, resume el carácter de extraordinario de este recurso, así como la incapacidad del órgano judicial de entrar a revisar el fondo del asunto, cuando dice en su fundamento jurídico segundo que “el recurso de anulación no permite al órgano jurisdiccional ordinario entrar a conocer del fondo de la decisión arbitral, y así lo había venido declarando de forma constante y reiterada el Tribunal Supremo (...), definiendo (...) el recurso de nulidad como un juicio externo por cuanto el Tribunal Jurisdiccional es sólo Juez de la forma del juicio o de sus garantías procesales, sin que en ningún caso pueda pronunciarse sobre el fondo de la controversia, que ha quedado sustraída al conocimiento de los Tribunales precisamente por el efecto propio del compromiso”.

En el mismo sentido, la SAP de Castellón (Sección 1ª), de 14 de noviembre de 2001, en su fundamento de Derecho primero, aclara que la función de la acción de anulación, que se ejercita a través del Juicio verbal (artículos 40 y siguientes LA, 250, 399, 437 y siguientes LEC), “es garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley; articulando para ello unos motivos taxativos de anulación, sin que el Tribunal pueda sustituir o suplir al árbitro en la resolución del tema de fondo planteado, es decir, cuestionar el acierto o desacierto de los árbitros, pues únicamente cabe reclamar la nulidad y dejar sin efecto el Laudo, en su caso, de tal manera que el recurso de anulación no devuelve al Tribunal la jurisdicción originaria, al ser la facultad de decidir la controversia exclusiva de los árbitros. Por tanto, al Tribunal no le compete otro enjuiciamiento que el concerniente a la anulación del Laudo, sin que pueda disponer otro tipo de pronunciamiento”.

La nueva Ley de Arbitraje de 2003 deja sentada definitivamente la naturaleza de la acción de anulación como un auténtico proceso, y no como un recurso, y se deduce además que se trata de un proceso declarativo a través del cual se pretende tan solo que el tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo, como simple declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, sin crear, modificar o extinguir una situación

Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 145; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 76. Ver páginas 375 y siguientes.

jurídica, ni imponer a la parte contraria obligación alguna. Además, el tribunal tiene vedado sustituir la decisión de los árbitros, en cuanto al fondo, por la suya propia¹³⁴.

Si el laudo arbitral se impugna por ser contrario al orden público, no se trata de una violación de cualquier orden público, sino que se trata del orden público material y procesal, como se deduce de los principios constitucionales¹³⁵. El orden público gira en torno a las garantías procesales fundamentales, tales como el derecho de defensa, de prueba, motivación del laudo y congruencia de acuerdo con la interpretación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la indefensión (artículo 24.1 CE)¹³⁶. En este caso el órgano jurisdiccional que conozca de la acción de anulación sí deberá entrar a examinar la aplicación que ha hecho el árbitro de la Ley, controlando el enjuiciamiento de fondo que hizo el árbitro, a diferencia de los otros supuestos del artículo 41 LA¹³⁷.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª) nº 25/2005 de 7 de febrero de 2005, en su fundamento de Derecho segundo resume de forma muy clara lo que es el debido proceso y el orden público procesal. Argumenta que “el

¹³⁴ STS de 16 de marzo de 1988, fundamento jurídico quinto; STC 20 de marzo de 1990, fundamento de Derecho segundo; SAP de Zamora 54/2001, de 8 de febrero, fundamento de Derecho primero; HINOJOSA SEGOVIA, R., “Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 507 y ss.; REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, en *Spain Arbitration Review*, Revista del Club español del Arbitraje, nº 1/2008, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 119 y ss.; GÓMEZ JENE, M., “Crónica de Jurisprudencia”, en *Spain Arbitration Review*, Revista del Club español del Arbitraje, nº 1/2008, Wolters Kluwer, Madrid, pág. 177; CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L., Ponencia: “La anulación del laudo arbitral”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 3 julio 2008.

¹³⁵ Existe el orden público material y el orden público procesal. El primero consiste en el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad, en un pueblo y en una época determinada. Y el segundo consiste en el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal. En este sentido se encuentran las SSTC 15/1987, de 11 de febrero, fundamento jurídico cuarto; 116/1988, de 20 de junio, fundamento jurídico tercero; y 54/1989, de 23 de febrero, fundamento jurídico cuarto. IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, ob.cit., pág. 8; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 125; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, ob.cit., págs. 257 y ss.; HINOJOSA SEGOVIA, R., “Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)”, ob.cit., págs. 548 y ss.

¹³⁶ MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., págs. 44 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 236; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 6 y ss.; SAP Girona (Sección 1ª) nº 352/2004, de 17 de noviembre, fundamento de Derecho Primero.

¹³⁷ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 27.

principio constitucional del proceso debido o con garantías -inherente al orden público procesal- exige que todo procedimiento sea cohonestable con las exigencias del derecho de defensa, evitando todo escenario jurídico permeable a un contexto de indefensión. La jurisprudencia constitucional (por todas STC 19/2004) ha diseñado los contornos del derecho de defensa. Mantiene que debe garantizar el derecho a acceder al proceso y los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Esta consideración impone a los órganos decisorios, entre otras exigencias, un deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa (por todas, STC 18/2002). Sólo de esta manera se preserva un conocimiento, por parte de quienes ostentan algún derecho o interés, de la existencia de un proceso, permitiendo con ello que se encuentren en condiciones idóneas de impetrar la protección de sus posiciones jurídicas (por todas, STC 26/1999). En la Ley de Arbitraje existe un acogimiento explícito de esta doctrina jurisprudencial. En su artículo 24 se hace referencia concreta a la vigencia en el procedimiento arbitral de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, reseñando que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos”.

A modo de síntesis, la vulneración del orden público podría ser únicamente a través de tres vías: en primer lugar cuando se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva y por consiguiente se produzca indefensión; en segundo lugar cuando se incumpla el derecho a un juez o árbitro “ordinario”, que en el caso del arbitraje sería cuando el árbitro no ha sido designado libremente por las partes; y, por último, cuando se ha quebrantado el derecho de acceso a la jurisdicción y en el convenio se contenga algún tipo de cláusula que impida a las partes acceder a la anulación del laudo¹³⁸. Estas tres vías representan una misma idea, manifestada de tres formas diferentes; es decir, el árbitro no puede quebrantar el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a la tutela

¹³⁸ La acción de anulación no puede libremente disponerse por las partes, ya que “es un remedio procesal creado por la Ley de Arbitraje y que forma parte del contenido del derecho a la tutela (STC 176/1996, de 11 de noviembre, Fundamento Jurídico Tercero). Su exclusión voluntaria por las partes del convenio arbitral no sería válida”. REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, ob.cit., pág. 126.

efectiva cuando recurre a estos medios heterocompositivos de resolución de conflictos reconocidos en la Ley¹³⁹.

Pasando ahora a otro argumento distinto que pretende excluir el arbitraje como un modo eficaz de tutela judicial, en el caso específico de la materia societaria, se ha pretendido alegar la existencia de conflictos de competencia con la jurisdicción ordinaria, en virtud del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)¹⁴⁰ y que no exista norma expresa en la legislación societaria que lo permita.

La pretendida competencia judicial exclusiva no puede oponerse como argumento antiarbitral, ya que como la doctrina ha recalcado, una cosa son las reglas de competencia objetivas entre los tribunales del Estado, que las partes no pueden disponer y otra, muy diferente, la libertad de las partes de introducir un pacto arbitral estatutario para resolver sus conflictos. Se ha confundido también los derechos sustantivos en discusión con las vías adjetivas en que los mismos han de ventilarse, confundiendo el Derecho material con el procedimental¹⁴¹.

Pero este argumento antiarbitral ha perdido su validez, principalmente por ser un argumento exclusivamente formalista y por la supresión de las expresiones que pretendían que el proceso impugnatorio se debía de realizar a través de un proceso especial y otorgando una competencia exclusiva a determinados tribunales “con exclusión de cualquier otro” (artículos 118 y siguientes LSA según redacción anterior a Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Las normas procesales de la jurisdicción ordinaria, como en este caso las normas de competencia territorial, no le son aplicables al arbitraje, ya que el arbitraje lo que hace es alterar el cauce “normal” procesal para resolver controversias, mientras que la sumisión a un determinado órgano jurisdiccional no altera ese cauce procesal, sino que solamente concreta la competencia territorial en sede jurisdiccional¹⁴².

¹³⁹ MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 46; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 26.

¹⁴⁰ Artículo 22.1 Ley Orgánica del Poder Judicial: *En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1º Con carácter exclusivo, (...) en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos (...).*

¹⁴¹ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 22.

¹⁴² MERINO MERCHÁN, J., CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral*, ob.cit., pág. 279; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las

Por su parte, no es apropiado citar el artículo 22.1 LOPJ en este contexto, debido a que este artículo regula la extensión y los límites de la jurisdicción española con respecto a la extranjera, determinando qué materias corresponden de forma exclusiva a nuestra jurisdicción; sin que en ningún caso se refiera a la relación entre la competencia de los tribunales con respecto a la arbitral, la cual ha sido expresamente admitida por la Ley de Arbitraje¹⁴³.

Y, por último, el argumento de que cada Ley debería decir expresamente si admite o no el arbitraje no es correcto tampoco, ya que es a la Ley de Arbitraje a la que corresponde definir qué es lo arbitrable, y ya ésta lo hace al determinar que será arbitrable la materia de libre disposición conforme a Derecho (artículo 2.1 LA). Además, el artículo 19.1 LEC, permite expresamente a los litigantes someter a arbitraje el objeto de un juicio, exceptuando únicamente las materias que la Ley así lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de terceros¹⁴⁴.

V. Las ventajas y las desventajas del arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción en el ámbito societario

En los últimos decenios, en el mundo empresarial principalmente, se ha generalizado la tendencia a solucionar los conflictos por medios alternativos a la jurisdicción, entre los cuales el arbitraje ocupa un papel destacado. Este medio de solución de controversias presenta muchas ventajas frente a la forma convencional o de justicia estatal, aunque tiene también ciertos inconvenientes, que serán analizados posteriormente.

controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 30/2008, Editorial Aranzadi, Navarra, pág. 445; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 75; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 23.

¹⁴³ CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2/1998, Barcelona, pág. 341; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 154 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 24.

¹⁴⁴ CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 343; LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, ob.cit., pág. 6.

En el procedimiento arbitral hay un amplio respeto por la libertad contractual, además de por la imparcialidad requerida tanto a los jueces como a los árbitros, el respeto al juego limpio o debido proceso (principio de contradicción y garantías de defensa), así como el valor de cosa juzgada tanto de la sentencia como del laudo (artículo 43 LA)¹⁴⁵. Pero precisamente por estas similitudes, en el procedimiento arbitral las partes pueden encontrar una serie de ventajas sobre el proceso jurisdiccional que benefician sus relaciones y les permiten alcanzar los mismos objetivos¹⁴⁶.

Como principales ventajas del arbitraje frente a un proceso judicial podríamos citar que en él no sólo se respetan las garantías básicas, sino que incluso se mejoran. Tal es el caso de los principios de celeridad o de especialización de los árbitros en la materia que ha de ser resuelta en el conflicto, que benefician la seguridad jurídica al resolver el problema en el menor plazo posible (dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación, si las partes no han dispuesto otra cosa, artículo 37.2 LA) y promueven que el acuerdo adquiera firmeza, favoreciendo a su vez el principio de estabilidad de las resoluciones, principalmente a través de la enunciación taxativa de los motivos por los cuales se puede solicitar la acción de anulación del laudo (artículo 41 LA)¹⁴⁷.

En materia societaria, en concreto, se recurre al cauce arbitral principalmente por la rapidez del procedimiento¹⁴⁸, el mayor control del tiempo y de los costes¹⁴⁹, así como por la menor publicidad que conlleva (artículo 24.2 LA)¹⁵⁰.

¹⁴⁵ GARCÍA PAREDES, A., “Dos vías de solución de conflictos: el arbitraje y los Tribunales”, ob.cit.

¹⁴⁶ Esta es también la conclusión a la que se llegó en la en la *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007, en la que se defendía que las ventajas del arbitraje hay que estudiarlas junto a la jurisdicción y no frente a ella.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6948; HINOJOSA SEGOVIA, R., “Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)”, ob.cit., págs. 515 y ss.; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, en *Foro Padano*, II, Milano, 2005, pág. 2; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 410.

¹⁴⁸ AA.VV., “Alternative Dispute Resolution systems as means to solve IP-related conflicts”, ob.cit., pág. 1; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit., págs. 14 y ss.; GOLDMAN, L., “Contractually Expanded Review of Arbitration Awards”, ob.cit., pág. 171; TWEEDDALE, A., TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford University Press, Great Britain, 2005, pág. 4.

¹⁴⁹ El menor coste se ha relativizado, e incluso en Estados Unidos se critica el arbitraje por ser un medio caro, que incluso puede llevar a la quiebra a la parte perdedora. OFFENKRANTZ, R., “Negotiation and Drafting the Agreement to Arbitrate in 2003: Insuring Against a Failure of Professional Responsibility”, en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 8/2003, págs. 271 y ss.; aunque también hay quien defiende la postura de que los costes en el arbitraje se rigen a

Las ventajas del arbitraje sobre el proceso judicial son esenciales, tal y como se verá más adelante, ya que ayudan a las sociedades mercantiles a resolver sus controversias sin interrumpir su funcionamiento normal, contando además con las mismas garantías que se tendrían en un proceso judicial, tales como la independencia e imparcialidad de los árbitros (artículo 17 LA), la igualdad de las partes (artículo 24.1 LA) o el principio de contradicción, entre otras¹⁵¹.

Sus ventajas provienen principalmente del principio de autonomía de la voluntad que rige estos procedimientos y del compromiso e implicación que las partes previamente han adquirido¹⁵².

La celeridad se ha presentando siempre como emblema del arbitraje. Esta beneficia directamente al tráfico comercial sin entorpecerlo, al contrario de la jurisdicción con una duración significativamente más larga. Esto ha llevado a afirmar que si las partes realmente están interesadas en alcanzar una solución rápida, ellas mismas acelerarán su tramitación, convirtiéndolo en un instrumento realmente ágil. Esta

través de una especie de “pirámide invertida”, en la que entre mayor sea el valor de lo comprometido menores serán los costes. COLINA GAREA, R., Ponencia: “El futuro del arbitraje”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 30 junio 2008; Telles Ferreira Netto, C., “Arbitragem. Uma solução jurídica”, ob.cit., pág. 3.

¹⁵⁰ SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, en http://www.judicium.org/news/ins_17_09_04/arbitrato.Societ%e0html, 17 setiembre 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007], pág. 3; LINDER, A., “El coste real del arbitraje”, en *Expansión*, Martes 6 de marzo de 2007; GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: Diagnóstico de la situación general”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinar*, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 28 y ss.; EISENBERG, T., MILLER, G., “The Flight from Arbitration: An Empirical Study of Ex Ante Arbitration Clauses in Publicly-Held Companies’ Contracts”, en <http://www.ssrn.com>, 10 noviembre de 2006, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008], págs. 3 y ss.; BALES, R., « An Introduction to Arbitration », ob.cit., pág. 1; MOSES, M., « Privatized « Justice », en <http://www.ssrn.com>, 4 de abril 2005, [fecha de consulta 22 de septiembre 2008], pág. 1; SANTOS, G., “Cláusula arbitral atinge 90% dos contratos”, en <http://www.caesp.org.br>, 1 de septiembre 2008, [fecha de consulta 1 de octubre 2008], pág. 2.

¹⁵¹ GARCÍA LAGARES, J., “Arbitraje, seguridad jurídica y empresa”, ob.cit.; Esta postura ha sido defendida por muchos abogados y Asociaciones de Arbitraje, alegando que “un tejido empresarial como el español, formado en su mayoría por pequeños y medianos empresarios no puede perder tiempo y dinero pleiteando en los tribunales, ya de por sí colapsados”, GIMENO, M., “Tribuna de opinión: Es necesario un consenso global en nuestra sociedad para que se implante el sistema arbitral en nuestro país”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/tribuna_opinion.php, 1 junio 2004; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., pág. 148; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 202 y ss.; AA.VV., *Soluciones mundiales a las controversias comerciales*, Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, París, 2008, págs. 3 y ss.

¹⁵² CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., págs. 21 y ss.; REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, ob.cit., pág. 115.

rapidez con relación al proceso judicial se debe principalmente a la simplificación del procedimiento, eliminando formalismos y reduciendo los trámites burocráticos¹⁵³.

Otra ventaja que tiene el arbitraje frente a un proceso estatal es la posibilidad de nombrar a un árbitro especialista en la materia, cumpliendo con los requisitos exigidos en función de si se trata de un arbitraje de Derecho o de equidad (artículos 13 y 15 LA). Se considera una ventaja del árbitro frente al juez que, cargado de asuntos y carente de tiempo, puede que no conozca o no sea especialista en todas y cada una de las materias que se le someten a estudio. Esta ventaja genera a su vez otras más con respecto a la jurisdicción, ya que en caso de ser el árbitro también especialista en la materia en discusión no será necesario solicitar dictámenes y consultas a expertos, las cuales además de incrementar los costes, generan demoras y atrasos innecesarios¹⁵⁴. “Sin duda, quien conozca y viva a fondo las costumbres del sector profesional en cuestión podrá resolver el conflicto adaptándose mucho mejor a la mentalidad de los profesionales del ramo”¹⁵⁵.

El clima de confidencialidad y discreción en el que se desarrolla el arbitraje (artículo 24.2 LA), así como la adaptación del proceso a los contendientes y a sus necesidades (artículo 25 LA)¹⁵⁶, son otros dos motivos por los que en el Derecho

¹⁵³ MIRABELLI, G., GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generalli. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 1; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 4; CALAZA LÓPEZ, M., “El arbitraje societario”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 21, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2003, pág. 198; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6948; SEITZ, B., “Günstige Schiedsverfahren?”, en <http://rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?docid=122269&highlight=schiedsklausel>, [fecha de consulta 27 de octubre de 2008]; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 20; SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, en www.judicium.it, 28 de septiembre de 2007, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007], pág. 2.

¹⁵⁴ AA.VV., “Alternative Dispute Resolution systems as means to solve IP-related conflicts”, ob.cit., pág. 1; MARSHALL, E., *Gill: The Law of Arbitration*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1983, pág. 3; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, The Institute of Chartered Accountants in England and Wales in association with Sweet & Maxwell Ltd., London, 1988, pág. 17; GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: Diagnóstico de la situación general”, ob.cit., pág. 29.

¹⁵⁵ CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 21; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 39; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 82; SANTOS, G., “Cláusula arbitral atinge 90% dos contratos”, ob.cit., pág. 2; MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 52 y ss.

¹⁵⁶ Artículo 25 Ley de Arbitraje. *Determinación del procedimiento. 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los*

societario se elige esta vía, evitando la publicidad innecesaria de los conflictos, tan negativa para el funcionamiento social y de los negocios, manteniendo el clima de confianza y armonía que constituyen el alma de la sociedad. Aunque este beneficio se verá neutralizado cuando alguna de las partes impugne el laudo, ya que al llevar el proceso ante la jurisdicción éste devendrá público (artículos 185 y 440 LEC)¹⁵⁷.

El arbitraje contribuye también a calmar el estado de ánimo de las partes en conflicto disminuyendo la agresividad y favoreciendo la conciliación, sin poner en peligro especialmente a las pequeñas sociedades, las cuales pueden incluso desaparecer por conflictos que generan estancamientos y desunión entre sus miembros¹⁵⁸.

Por último, en términos generales, se puede afirmar que el proceso arbitral resulta más económico que un juicio estatal, ya que los costes reales se ven disminuidos principalmente por el ahorro de tiempo y, especialmente en los asuntos de mayor complejidad, al reducir los honorarios de abogados, además del desgaste físico y emocional, así como el no requerir el servicio de procuradores, por su carácter menos formalista y más flexible que, en definitiva, aunque sean las partes quienes deban hacerse cargo de los gastos de la administración del procedimiento (cosa que no ocurre

árbitros en sus actuaciones. 2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.

¹⁵⁷ CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 314; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 17; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 148; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 384; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 39; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 21; CARBONNEAU, T., *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, University of Illinois Press, Chicago, 1989, pág. 1; ROBINSON, M., “Arbitration and Alternative Dispute Resolution”, en <http://www.robinsonlaw.co.uk>, London, 2001, [fecha de consulta 30 mayo 2007], pág. 7; AA.VV., “Alternative Dispute Resolution systems as means to solve IP-related conflicts”, ob.cit., pág. 2; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit. págs. 15 y ss.; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., pág. 257; *Hassneh Insurance Co. v. Mew [1993]-UK*; SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, ob.cit., pág. 3.

¹⁵⁸ TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 4 y ss.; CARBONNEAU, T., *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, ob.cit., pág. 1; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 17 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de Sociedades”, Capítulo 65, en *Derecho de Sociedades – Libro en Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pág. 2043.

en un procedimiento judicial), hacen del proceso arbitral un medio más atractivo y adecuado a sus necesidades¹⁵⁹.

Pero al igual que en todo procedimiento, el arbitraje también podría contar con algunos inconvenientes. Entre estos están la dependencia de la justicia ordinaria, por ejemplo en el momento de la ejecución del laudo o para la ejecución de las medidas cautelares, por tener únicamente los árbitros el poder de *jurisdictio*, pero no cuentan con el poder de *imperium* o fuerza ejecutiva (artículos 23, 44 y 45 LA); lo que lleva a que no se elimine totalmente la excesiva duración del proceso, ni la agresividad de las partes, ya que ésta reaparecerá en la fase de ejecución (artículos 538 y siguientes LEC)¹⁶⁰.

Esta desventaja ha llevado a afirmar que para que el arbitraje pueda desarrollarse adecuadamente, es necesario que la Administración de justicia funcione bien, ya que el arbitraje necesita de esta última para su eficacia¹⁶¹. Conforme con esto, puede hacerse una analogía en cuanto a la interacción entre la jurisdicción y el arbitraje con una relación de simbiosis o mutualismo biológico, en la que todos salen beneficiados a través de una relación ventajosa y necesaria para ambos, sin que sea dañina para ninguno de los dos.

Tal y como adelantábamos, a pesar de que se citen tradicionalmente el menor coste del proceso y la rapidez como ventajas importantes del arbitraje sobre el procedimiento jurisdiccional, en los últimos tiempos, en la práctica y de acuerdo a unos nuevos planteamientos doctrinales estadounidenses o ingleses, por ejemplo, no siempre es así. En determinadas circunstancias se ha comprobado que recurrir a un arbitraje

¹⁵⁹ LINDER, A., “El coste real del arbitraje”, en *Expansión*, Martes 6 de marzo de 2007; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 384; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 20; REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKBY, N., PARTASIDES, C., *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 81 y ss.; CHAHINIAN, R., “Arbitrato: fattore di produttività e sviluppo economico”, en *Newsletter*, nº 1/2/2007, Curia Mercatorum (<http://www.curiamercatorum.com>), pág. 5; ROCA AYMAR, J., “La abogacía y el fomento del arbitraje”, en *Boletín ARYME*, http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=52, Marzo 2008, [fecha de consulta 4 marzo 2008], pág. 1; MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, ob.cit., págs.52 y ss.

¹⁶⁰ TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 5; GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, ob.cit., pág. 216.

¹⁶¹ COLINA GAREA, R., Ponencia: “El futuro del arbitraje”, ob.cit.; CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, en <http://www.aryme.com/docs/adr/2-4-97/200810%20Bernardo%20Cremades.%20La%20función%20jurisdiccional%20de%20apoyo%20y%20control%20del%20arbitraje.pdf>, octubre de 2008, [fecha de consulta 3 de noviembre de 2008], págs. 2 y ss.

puede resultar mucho más caro que acudir a un proceso jurisdiccional, ante jueces también especializados en la materia y cuyas resoluciones llegan en el momento oportuno, equiparable totalmente al proceso arbitral¹⁶². Además, estamos siendo testigos de un ralentizamiento del procedimiento arbitral al intentar asemejarlo al procedimiento judicial, cargándolo de elementos burocráticos con el fin de aumentar sus garantías¹⁶³.

En cuanto a los costes del proceso, será más económico en ciertos casos, dependiendo de la complejidad del asunto y de los árbitros escogidos. Pero en determinadas cuestiones podría resultar más caro que la justicia estatal por los gastos personales (honorarios de los árbitros y de los mismos defensores o representantes de las partes) y procesales en que se haya incurrido¹⁶⁴.

Otra desventaja, que proviene a su vez de una de las ventajas intrínsecas al arbitraje, es la confidencialidad del procedimiento y del laudo arbitral. La confidencialidad se busca principalmente por resguardar el buen nombre, los secretos importantes (personales o de empresa), así como las relaciones de las partes implicadas; pero se ha sostenido que esta falta de transparencia genera a su vez incertidumbre y desconfianza en quienes no son parte del conflicto pero que se relacionan con las partes involucradas en un arbitraje¹⁶⁵.

¹⁶² ROBINSON, M., "Arbitration and Alternative Dispute Resolution", ob.cit., pág. 6; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit., pág. 2; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., pág. 45; KIRCHER, PH., «The flaws of arbitration», en http://findarticles.com/p/articles/mi_m0BJK/is_5_17/ai_n26696301/print?tag=artBody;col1, 15 abril de 2006, [fecha de consulta 23 septiembre 2008], pág. 1.

¹⁶³ GOUIFFRES, L., «L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de Justice ?», ob.cit., págs. 27 y ss.; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 93; MOSES, M., «Privatized «Justice»», ob.cit., pág. 1; AA.VV., "El centro para la Resolución Eficaz de Disputas (CEDR) pregunta a la comunidad internacional sobre la mejor forma de facilitar acuerdos en arbitraje", en <http://www.aryme.com>, Boletín ADR Resources, 3 de abril de 2009, [fecha de consulta 3 abril 2009].

¹⁶⁴ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 16; REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKBY, N., PARTASIDES, C., *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, ob.cit., pág. 87; CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: "El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles", ob.cit.; JOHNSON, J., BRUNET, E., "Arbitration of Shareholder Claims: Why Change is Not Always a Measure of Progress", en <http://ssrn.com/abstract=1112826>, [fecha de consulta 15 abril 2009], pág. 4; STIPANOWICH, T., "Arbitration and Choice: Taking Charge of the "New Litigation". (Symposium Keynote Presentation) 7 DePaul Bus & Com.L.J.3 (forthcoming 2009)", en <http://papers.ssrn.com>, [fecha de consulta 15 abril 2009], pág. 3.

¹⁶⁵ BUYS, C., "The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration", en <http://papers.ssrn.com>, [fecha de consulta 15 abril 2009], págs. 16 y ss.

Una última desventaja resulta de la posible parcialidad de los árbitros. Cuando se trata de un tribunal arbitral, si las partes no han establecido otro procedimiento para designarlos (artículo 15.2.b LA), serán ellas mismas quienes nombrarán cada una a un árbitro, y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero. Esto podría generar problemas de parcialidad en cuanto que cada uno de los árbitros nombrados por las partes se podría considerar defensor de quien lo ha elegido (lo que se conoce también como “árbitro de parte”), descartando la imparcialidad como una de las garantías que debe regir este proceso¹⁶⁶.

Para evitar esta desventaja, que traería como consecuencia la falta de credibilidad de todo el sistema arbitral, se podría tomar como modelo la legislación italiana, que al haber estudiado los efectos negativos que tenía esta forma de nombrar a los árbitros, que ellos conocen como la *clausola binaria*, específicamente en el ámbito societario, optaron por establecer, de forma obligatoria, que el nombramiento de los árbitros debía de ser encomendado a un tercero, bajo pena de nulidad, con el fin de garantizar la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral (artículo 34.2 D. Leg. 5/2003)¹⁶⁷.

¹⁶⁶ TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 6; MUÑOZ SABATÉ, L., “Título III. De los Árbitros (Arts. 12, 13, 15-21)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 346; TORRES ESCÁMEZ, S., “Un año de la nueva Ley de Arbitraje: reflexiones tras un coloquio”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 248.

¹⁶⁷ SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, ob.cit., pág. 2; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, en <http://www.judicium.it>, 13 abril 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008], pág. 3; ERASMO BONAVERA, E., “Incompatibilità tra la funzione di sindaco e quella di arbitro”, en *Le Società*, n° 3/2008, IPSOA, Grupo Wolters Kluwer, Milano, págs. 312 y ss. Es indispensable fortalecer la imparcialidad de los árbitros, ya que la menor duda en este campo podría acabar con todo el procedimiento al quitar la autoridad a los árbitros. Por esto es que la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados propone como idóneos para llevar a cabo la función de árbitros, a sus propios miembros, ya que cuentan con la costumbre de resolver cuestiones muy complejas, además de que brindan la imparcialidad y la ciencia requerida para dar seguridad a las partes. LÓPEZ- MUÑIZ GOÑI, M., Ponencia: “Un modelo de arbitraje profesionalizado”, en *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Madrid, 7 de noviembre del 2007.

VI. El convenio arbitral como fundamento del arbitraje: características generales y remisión

1. Preámbulo

El convenio arbitral es el presupuesto indispensable para que un arbitraje pueda llevarse a cabo. Es la expresión de la voluntad de las partes de optar por este medio alternativo a la jurisdicción para resolver sus litigios a través de un tercero o terceros imparciales que decidirán de acuerdo al procedimiento escogido, pero con todas las garantías procesales para que el laudo tenga los mismos efectos que una sentencia¹⁶⁸.

Por su importancia como elemento esencial para el análisis estructurado del arbitraje como método heterocompositivo para resolver conflictos, se plantearán aquí únicamente su concepto, sus características esenciales, las formas en que puede exteriorizarse, así como sus efectos; pero se remite para un estudio más detallado a un capítulo posterior (Capítulo Primero de la Segunda Parte de la Tesis), en el que se tratará especialmente la cláusula arbitral en los estatutos sociales como fundamento del arbitraje intrasocietario¹⁶⁹.

2. Concepto, formas en que puede exteriorizarse y requisitos de validez y eficacia del convenio arbitral

El convenio arbitral y sus efectos se regulan en el título II LA. Es el contrato o pacto por el que dos o más personas, físicas o jurídicas, se comprometen para someter a arbitraje todos o algunos de los conflictos (presentes o futuros) sobre materia de libre disposición (artículo 2 LA)¹⁷⁰, con base a una determinada relación contractual o no entre ellas¹⁷¹.

¹⁶⁸ La SAP de Murcia, de 22 de junio de 2005, fundamento jurídico segundo, expresa el carácter indispensable del convenio arbitral, afirmando que “el arbitraje, por tanto, considerado como un equivalente jurisdiccional y como un medio para la solución de los conflictos, requiere ineludiblemente la existencia de un convenio arbitral, entendido como la expresa exteriorización de la voluntad de las partes de someter a la decisión de árbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición conforme a Derecho”.

¹⁶⁹ Ver páginas 218 y siguientes.

¹⁷⁰ La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 27 de abril de 2005, en el fundamento jurídico segundo, aclara a qué se refiere el artículo 2 LA y dice que “la exclusión viene determinada por la materia y no por el procedimiento, y si bien no precisa, cuáles no son de libre disposición, podemos entender que son las comprendidas en el artículo 1814 del Código Civil, a cuyo tenor, no se puede transigir sobre el

El acuerdo entre las partes se puede exteriorizar a través de dos formas expresamente reguladas (artículo 9.1 LA)¹⁷². En primer lugar podrá optarse por la vía arbitral a través de una cláusula compromisoria inserta en un contrato o acuerdo principal; y en segundo lugar se podrá expresar mediante un acuerdo autónomo adoptado en el mismo momento en que surge la controversia, que será el compromiso

estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales ni sobre alimentos futuros. Igualmente excluiríamos aquéllas que afectan al orden público, concepto éste que ha de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución, y en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 43/86 de 15 de abril, tiene declarado que el orden público adquiere un contenido básicamente inspirado en la vulneración de los derechos fundamentales libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del artículo 24, y por último, se comprenderían aquéllas regidas por Leyes imperativas, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil”. En este sentido, la doctrina del Derecho comparado: FESTI, F., *La clausola compromissoria*, Università degli studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2001, pág. 131. Serán excluidas de la libre disposición de las partes aquellas cuestiones que, por su naturaleza o por expresa disposición legal, afecten intereses colectivos, de terceros y/o al orden público, protegidas por normas imperativas en vista de un interés superior. ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, en *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Vol. XXII, Tomo I, UTET, Torino, 2005, pág. 389; WEIGMANN, M., “L’arbitrabilità delle controversie”, en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1258/629371/FILENAME/WEIGMANN_Arbitrabilita24.03_06.pdf, 24 marzo 2006, [fecha de consulta 1 febrero 2007], págs. 1 y ss.; RESCIGNO, M., “Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di specializzazione della giustizia commerciale”, en *Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, dir. P. Benazzo y otros, Associazione Disiano Preite, Il Mulino, Bologna, 2002, pág. 62; NISATI, M., “Lineamenti dell’arbitrato”, en *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, dir. G. Iudica, IPSOA Editore S.R.L., Milano, 2003, pág. 37.

¹⁷¹ MARZOLINI, P., “Il dilemma della convenzione arbitrale alla luce del D. Lgs. 40/2006”, en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1243/621552/FILENAME/seminario_giugno06-PM.pdf, [fecha de consulta 29 marzo 2007], pág. 1; LANDRAU, M., *L’arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., pág. 32; WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, 20ª ed., Stevens & Sons, London, 1982, págs. 29 y ss.; MARSHALL, E., *Gill: The Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 14; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., págs. 71 y ss.; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., págs. 548 y 581; ROBERT, J., *L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 49, 79; BOISSESON, M. de, *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 73, 111 y 139; HUYS, M., KEUTGEN, G., *L’arbitrage en droit Belge et international*, ob.cit., pág. 41; CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 278; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 4; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 435.

¹⁷² WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 44; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., págs. 7 y ss.; ROBINSON, M., “Arbitration and Alternative Dispute Resolution”, ob.cit., pág. 2; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit., págs. 25 y ss.; SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, en *Le Società. Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, nº6/2006, Milano, págs. 771-783, pág. 776; HAAS, U., „Zur Einführung von Schiedsklauseln durch Satzungsänderungen in Vereinen. Besprechung des Urteils BGH WM 2000, 957“, en *ZGR*, nº 2/2001, pág. 325.

arbitral¹⁷³. Existen diferencias entre ellas, y la más significativa es, tal y como acabamos de remarcar, el momento de su adopción¹⁷⁴.

La cláusula compromisoria es el convenio por el que las partes se comprometen a someter a un árbitro los litigios futuros que puedan surgir entre ellos, que tengan su causa en el contrato en el que se encuentra inserta. El compromiso, en cambio, se perfecciona cuando existe un conflicto actual, que ya ha surgido¹⁷⁵.

Aunque la Ley de Arbitraje sigue el principio “antiformalista”, es a su vez “garantista”, siendo necesarios ciertos requisitos para la validez del convenio arbitral (artículos 1255 CC y 9 LA).

Dentro de sus aspectos “antiformalistas” podemos destacar la primacía de la voluntad de las partes de la existencia del convenio arbitral sobre los requisitos de forma¹⁷⁶; se acepta la cláusula arbitral por referencia¹⁷⁷, o sea la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende

¹⁷³ AA.VV., “Le clausole arbitrali e l’attività notarile. Approvato dalla Commissione studi d’impresa il 15 luglio 2005”, Studio n. 5856/I, en http://www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti/Società/5856.htm, [fecha de consulta 8 agosto 2006], pág. 4.

¹⁷⁴ ROBERT, J., *L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 49, 79; BOISSESON, M. de, *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 73 y 111.

¹⁷⁵ MARSHALL, E., *Gill: The Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 18; TYAN, E., *Le droit de l’arbitrage*, ob.cit., pág. 179; Cour de Cassation (ch. commerciale) 5 mars 1991, en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, n°1/1992, pág. 72; BOISSESON, M. de, *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 113 y ss.; MOTULSKY, H., *Écrits: Études et notes sur l’arbitrage*, ob.cit., pág. 160; RESCIGNO, M., “Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di specializzazione della giustizia commerciale”, en *Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, ob.cit., pág. 62; NISATI, M., “Lineamenti dell’arbitrato”, ob.cit., pág. 37.

¹⁷⁶ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 204; GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, ob.cit., pág. 215; CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 276.

¹⁷⁷ BOISSESON, M., *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 62. La cláusula arbitral por referencia es aquella que no se encuentra en el contrato principal, sino en algún documento anexo que se conviene en el contrato principal. La referencia a otros documentos contractuales anexos no comporta, por ella misma, ningún efecto automático. Su eficacia se basa en el conocimiento que tenga el contratante de su integración y contenido. En Derecho mercantil, el arbitraje aparece como un modo normal de resolución de conflictos, y en concreto la cláusula arbitral por referencia no tiene nada de excepcional ni de peligroso. Tanto el arbitraje como la utilización de documentos contractuales anexos son una práctica normal, y no existe por tanto ninguna incompatibilidad fundamental entre la cláusula compromisoria por referencia y el orden jurídico, mientras que sea una forma leal y segura para el tráfico jurídico. OPPETIT, B., “La clause arbitrale par référence”, en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, Paris, 1990, págs. 551 y ss.; VOGEL, L., “L’arbitrage commercial”, ob.cit., pág. 319. COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 192; ROBERT, J., *L’arbitrage: droit interne, droit international privé*, ob.cit., pág. 65; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 5; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 39.

incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo (artículo 9.4 LA)¹⁷⁸; además de que se considera también válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (artículo 10 LA)¹⁷⁹.

Pero su fase “garantista” se refleja, en primer lugar, en que es requisito esencial para la validez del convenio arbitral la necesidad de que conste por escrito (artículo 9.3 LA)¹⁸⁰, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del

¹⁷⁸ Apartado III Exposición de Motivos LA; VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (60/2003, de 23 de Diciembre)*, coord. S. Barona Vilar, Thomson, Civitas, Barcelona, 2004, pág. 354; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit. pág. 63; MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob.cit., pág. 187.

¹⁷⁹ “El arbitraje será testamentario cuando haya sido instituido por el testador, en el sentido de que, desde la apertura de la sucesión regida por ese testamento, ha quedado excluido el planteamiento judicial de las controversias relativas a esa sucesión. No lo será cuando el testamento haya contemplado la mera posibilidad de que los sucesores acudan al arbitraje para resolver sus controversias, proporcionando sólo un modelo opcional de convenio arbitral, que pueden no seguir los sucesores, aunque decidan resolver arbitralmente sus contiendas”. GAVIDIA SÁNCHEZ, J., CORRAL GARCÍA, E., “El arbitraje testamentario”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 1028. Hay quien está en contra de permitir el arbitraje como medio válido para resolver los conflictos que surjan por un testamento, ya que consideran que el testador, que es quien lo instituye como medio para resolver dichos conflictos, no participará del procedimiento, y los que sí deberán acogerse a él no han expresado su voluntad de hacerlo, teniendo en cuenta el factor de voluntariedad que es indispensable para el procedimiento arbitral. ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 1 julio 2008. Pero en contra de esta última posición está O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., Ponencia: “El arbitraje en Derecho sucesorio”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 4 julio 2008; al decir que el testador sí está legitimado para establecer una cláusula arbitral en el testamento, en primer lugar porque la Ley así lo prevé, y en segundo lugar porque tiene un poder de disposición muy amplio, como por ejemplo la posibilidad de incluir condiciones, que lo faculta a incluir la cláusula arbitral para resolver las controversias entre herederos no forzosos o legatarios. También ha dicho el mismo autor en otro estudio, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, ob.cit. pág. 61, que “si el testador pudo, unilateralmente, dejar o no bienes a sus herederos, también unilateralmente les puede imponer que sus discrepancias se resuelvan mediante arbitraje”. Además, sostiene que la constitucionalidad de esta forma de resolver los conflictos testamentarios radica en que “no se priva de nada a los herederos o legatarios, sino que se proporciona a quienes benefició, que pueden tener diferencias entre ellos, una justicia más rápida y ágil (...) y porque no se trata de un arbitraje obligatorio, sino que los herederos o legatarios pueden aceptar o repudiar la herencia o legado y en este último caso se liberarían del arbitraje impuesto por el testador”.

¹⁸⁰ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 39. Este autor sostiene que a pesar de que se exija la forma escrita, no tiene este requisito un carácter solemne, pues debe admitirse la viabilidad del convenio verbal o no escrito, conforme a la tradición histórica y al sistema propio del Código Civil. En cuanto al Derecho comparado, COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 189; BOISSESON, M., *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 60.

acuerdo¹⁸¹, como requisito *ad probationem* y no *ad solemnitatem*¹⁸². Además, se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 3.8 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma electrónica), porque de esta forma se hace prueba de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias existentes entre ellas, así como la determinación de éstas¹⁸³. “Lo importante es que haya cruce de oferta y aceptación de arbitraje por las partes. Cuestión ésta que, como es lógico, el tribunal tendrá que verificar al comienzo de su actuación, pues sólo existiendo convenio arbitral válido y vinculante cabe hablar de jurisdicción arbitral”¹⁸⁴.

En concreto en Derecho societario, si la cláusula compromisoria se encuentra en el pacto constitutivo o en los estatutos de una sociedad se registrará por sus normas y, por tanto, además de ser escrita se deberá inscribir en el Registro Mercantil junto con el resto de estipulaciones (artículos 1 LSA y 11 LSRL). El convenio arbitral puede constar en un documento privado, pero si se pretende que sea eficaz frente a terceros deberá inscribirse y, a pesar de registrarse por los principios de libertad de forma, cuando las

¹⁸¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 107. En Derecho alemán, entienden también por forma escrita el intercambio de cartas, faxes, telegramas o de cualquier otro tipo de comunicación que pueda ser prueba fehaciente del acuerdo adoptado (§ 1031.1 *Zivilprozessordnung*, en adelante ZPO). Además, consideran que este requisito se considerará cumplido y la convención arbitral será parte del contrato original, ya sea cuando la convención de arbitraje esté en un documento comunicado por una parte a la otra o por un tercero a ambas partes, y no se reclame en el tiempo oportuno (§ 1031.2 ZPO); o cuando en el contrato se haga referencia a un documento que contenga una cláusula arbitral (§ 1031.3 ZPO). NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 6/1998, París, págs. 647 y ss.

¹⁸² CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 291. En este sentido, ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, ob.cit., critica que para un convenio arbitral se requiere más que una legitimación normal, como podría ser un poder general, sino que se necesita una autorización expresa para el caso concreto, por lo que considera que no basta con el mero intercambio de documentos sin la firma de las partes.

¹⁸³ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, pág. 184. También se ha afirmado que, “como punto de partida, debemos tener en cuenta que, a pesar de la exigencia escrita del convenio arbitral, será posible acudir al arbitraje mediante un convenio arbitral celebrado por medio del intercambio de mensajes de correo electrónico, sistemas SMS o MMS de mensajes a móviles e incluso a través de una página web, ya que la nueva ley con este artículo, lo que hace es reforzar el criterio antiformalista del convenio, y aunque mantiene la exigencia de que éste conste por escrito, amplía el cumplimiento del requisito de la forma escrita a los convenios arbitrales pactados en soporte electrónico, óptico o de otro tipo que dejen constancia de su contenido y que permitan su consulta posterior, sin establecer restricciones a los medios de telecomunicación utilizables”. MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob.cit., pág. 165; GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, ob.cit., pág. 219.

¹⁸⁴ CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 279.

relaciones jurídicas deban acceder al Registro Mercantil será necesario que se encuentre en escritura notarial (artículo 5.1 RRM)¹⁸⁵.

Si la cláusula arbitral fuera parte de un contrato de adhesión, su validez e interpretación se regirán por las normas aplicables a este tipo de contratos (artículo 9.2 LA)¹⁸⁶. A pesar de lo anterior, el arbitraje societario deberá interpretarse conforme a los criterios que más adelante se expondrán y no conforme ni a las normas que regulan los contratos de adhesión ni a la Ley que regula las condiciones generales de la contratación. Ésta última excluye expresamente los contratos de constitución de sociedades, “por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual” (Exposición de Motivos y artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación)¹⁸⁷.

Aún así, la sociedad es un contrato y se deberá interpretar el convenio arbitral conforme a sus reglas básicas¹⁸⁸. Se deberá interpretar con base a los criterios de buena

¹⁸⁵ CAMPO VILLEGAS, E., “La función notarial en el arbitraje”, en *Butlletí*, nº 7, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1995, pág. 36; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 971; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 47; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 455; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 52.

¹⁸⁶ Si se encontrara la cláusula arbitral como estipulación dentro de un contrato de adhesión (artículo 9.2 LA) se aplicará la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, que en su artículo 10.1.c exige para las cláusulas generales unilaterales de adhesión los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, excluyendo en todo caso la utilización de cláusulas abusivas. Para la interpretación de éstas cláusulas, por el hecho que el contenido contractual se halla unilateralmente redactado impedirá la aplicación de los criterios subjetivos de interpretación, ya que la interpretación del contrato de adhesión debe hacerse siempre atendiendo a criterios objetivos. Además, se requiere que sea claro y explícito y que reúna los requisitos que para su validez exigen las leyes. VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 365; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, ob.cit., págs. 174 y ss.; CORDÓN MORENO, F., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, dir. J. Montero Aroca, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1990, pág. 50; SAP de Vizcaya (Sección 4ª) 249/2003, de 8 de abril, fundamento jurídico tercero; SAP de Madrid (Sección 25ª) 390/2003, de 11 de julio, fundamento de Derecho segundo. WARE, S., “The Case for Enforcing Adhesive Arbitration Agreements –with Particular Consideration of Class Actions and Arbitration Fees”, en <http://papers.ssrn.com>, [fecha de consulta 15 abril 2009], defiende que aunque las cláusulas arbitrales adhesivas son controversiales, y frente a las cuales existe una gran oposición, resultarían beneficiosas para toda la sociedad, reduciendo los costos del procedimiento.

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 135.

¹⁸⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral”, ob.cit., pág. 101; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 90; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, en *Arbitrato: Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di Procedura Civile artt. 806-840*, dir. F. Carpi, Zanichelli Editore, Bologna, 2005, pág. 4; MIRABELLI, G., GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge*

fe, sin “restringir los efectos que naturalmente se derivan del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones” (artículos 57 del Código de Comercio, en adelante CCom, 1258 y 1665 CC). Deberá contener la voluntad de las partes con la menor ambigüedad posible, el consentimiento deberá ser expreso y no podrá incurrir en vicios en su adopción¹⁸⁹, además de que deberá constar por escrito, tal y como adelantábamos (artículo 9.3 LA)¹⁹⁰.

El criterio de exigencia de forma escrita se ve reforzado o apoyado por los artículos 51 y 52 CCom, además del artículo 1280 del CC, que prescriben la forma escrita, aunque sea en un documento privado, cuando “la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1500 pesetas”; y estos contratos o cláusulas es de esperar que superen ese importe¹⁹¹. Esta forma brinda certeza al procedimiento,

24/1994 (*Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*), ob.cit., pág. 17, 21; TIZI, F., “La forma dell'accordo arbitrale rituale”, en *Judicium* http://www.judicium.it/news/ins_17_05_04/tizi.html, [fecha de consulta 29 abril 2005], pág. 1.

¹⁸⁹ BOISSESON, M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 15 y 139.

¹⁹⁰ WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., págs. 44 y ss.; MARSHALL, E., *Gill: The Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 16; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., pág. 71. En Inglaterra, en Derecho societario, es necesario que la cláusula arbitral conste por escrito, pero no será necesaria una aceptación expresa por los socios, ya que al aceptar formar parte de la sociedad se está aceptando la cláusula arbitral (*Baker v. Yorkshire Assurance Co [1892]*., *Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheep Breeders' Association [1915]*-UK).

¹⁹¹ En Inglaterra el compromiso arbitral cuenta con una total libertad de forma, pudiendo ser tanto oral como escrito, aunque prevalece la forma escrita. Puede acordarse en un documento privado o público, pero en cualquier caso deberá constar el nombre de las partes y la manifestación de su voluntad de someter la disputa a arbitraje. Puede también ser producto de un intercambio de comunicaciones o ser un compromiso por referencia (sección 6.2 AA). Pero a pesar de lo anterior, lo usual es que se acuerde en una escritura pública. MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., págs. 8 y ss.; LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., págs. 45 y ss.; WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., págs. 38 y ss.; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit. pág. 26; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 609. Para la cláusula arbitral sí se requiere la forma escrita, aunque no es necesaria la firma de las partes. (Sección 5.2.a AA). Es indispensable que sea producto de un acuerdo entre ellas y no de un acto unilateral, que sería solamente una invitación-opción a la otra parte, pero sin ser vinculante (*Union of India v. Bharat Engineering Corp. I.L.E. Delhi Series [1977]* y *Baron v. Sunderland Corporation [1966]*-UK). El requisito de ser “escrita” incluye cualquier medio en el que el acuerdo pueda ser grabado, como podría ser una grabación en una cinta o una transmisión electrónica. Puede ser también producto de un intercambio de cartas, faxes o correos electrónicos (*Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp. V. Sunlanser Co Ltd. [1996]*-UK). HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 5/2001, pág. 559; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., págs. 507 y 686; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., págs. 71 y ss.; MARSHALL, E., *Gill: The Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 16. En cambio, en Estados Unidos para acudir al arbitraje es necesario que haya un compromiso escrito, que será válido, irrevocable (dejando a salvo las condiciones necesarias para revocar cualquier contrato) y ejecutable (secciones 2 FAA y 6.a UAA); aunque se ha admitido de forma unánime que los acuerdos escritos pueden ser válidamente modificados de forma oral, siempre y cuando éste último compromiso sea válido (*Premier Technical Sales, Inc. V. Digital Equip. Corp., 11 F. Supp. 2d 1156 (N.D.Cal. 1998)*-USA); CARBONNEAU, T., *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, ob.cit., pág. 105.

porque al ser un medio análogo al jurisdiccional y que se puede prolongar en el tiempo, los árbitros o los jueces podrán tener la necesidad de revisar los términos del convenio en momentos sucesivos¹⁹². Además, la forma escrita busca proteger los intereses de las partes del convenio y dar a conocer a los posibles terceros afectados que dentro de las reglas que rigen un determinado contrato, una sociedad, o un acuerdo específico, se encuentra la vía arbitral como medio de resolución de conflictos. Además se pretende que la exclusión del procedimiento jurisdiccional sea clara y resulte de forma evidente de la cláusula o del compromiso¹⁹³.

En segundo lugar, como mecanismo para garantizar la validez del convenio arbitral, es necesario que la voluntad de las partes vinculadas por este convenio se exprese de forma “efectiva” o “suficiente”, en lugar de “inequívoca” como se requería en la antigua Ley de Arbitraje (1988), ya que se consideraba que, en algunas ocasiones, su interpretación conllevaba exigencias demasiado rigurosas¹⁹⁴.

Por estas características propias de la aceptación del convenio, le será aplicable “la doctrina de los vicios del consentimiento (arts. 1265 y ss. CC), que pueden ser autónomos o los mismos que afectan al contrato principal en caso (normal y más frecuente) de que dicho convenio esté incorporado al mismo como una cláusula o estipulación más”¹⁹⁵.

¹⁹² ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 67 y ss.; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 96, 97 y 192; BOISSESON, M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 59 y ss.; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 188 y ss.

¹⁹³ ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 401; MARENGO, R., “Art. 807 c.p.c. (Forma del compromesso)”, en *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, dir. A. Briguglio y otros, Giuffrè Editore, Milano, 1994, pág. 14; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, dir. M. Lo Piano, Diritto della giurisprudenza, Casa Editrice dott. A. Milani, Padova, 2001, pág. 2 y ss.; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., pág. 163 y ss.; BORIO, G., *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 21; TIZI, F., “La forma dell'accordo arbitrale rituale”, ob.cit., pág. 4, donde establece que dentro del requisito legal de forma escrita, se encuentran también los acuerdos por medios informáticos en los que haya certeza del suscriptor del mismo, lo que se consigue a través de la firma electrónica.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., págs. 289 y ss.; STS 490/1999, de 1 de junio, fundamento de Derecho segundo; MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob.cit., pág. 172.

¹⁹⁵ CORDÓN MORENO, F., “Del convenio arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 47.

Hay que tener en cuenta aquí, aunque sea mediante una breve referencia, el principio de autonomía de la cláusula arbitral como elemento esencial del arbitraje¹⁹⁶, que sostiene que la validez y eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la del contrato que la contiene. Esto último a pesar de la afirmación anterior, que se justifica en cuanto que son generalmente las mismas partes y en un mismo acto quienes se someten a dicho contrato y por consiguiente a la cláusula arbitral, pudiendo, tal y como se decía, estar afectados ambos (el contrato y la cláusula arbitral) del mismo vicio del consentimiento, aunque efectivamente sean autónomos. Se trataría de una forma de invalidez aparentemente dependiente, pero en realidad sería una invalidez distinta pero por violación de la misma norma legal¹⁹⁷.

3. Los efectos jurídicos del convenio arbitral

Por último, es importante recalcar que el convenio arbitral tiene dos efectos jurídicos muy importantes, sin los cuales se frustraría la voluntad y la finalidad del arbitraje. Éstos hacen alusión a su naturaleza mixta, es decir, tendrá un efecto contractual o positivo y un efecto procesal o negativo¹⁹⁸.

El efecto contractual o positivo consiste en la obligatoriedad de las partes de estar y pasar por el contenido del contrato, por lo que si alguna parte del convenio arbitral no lo cumpliera, quedaría sujeto a indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios causados (artículos 1091, 1098 y 1101 CC)¹⁹⁹. Como efectos positivos del convenio arbitral se destacan la facultad y la correlativa obligación de las partes de

¹⁹⁶ Sobre este tema se volverá de forma específica en el capítulo de la cláusula arbitral estatutaria, ver páginas 249 y siguientes.

¹⁹⁷ ATTERITANO, A., “La tutela della volontà compromissoria delle parti e il rispetto dell’ordine publico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale”, en www.judicium.it, 23/11/2006, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007], págs. 1 y ss.; Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, sentencia del 21 de febrero de 2006, *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Jhon Cardegna & Donna Reuter*, en <http://www.judicium.it>, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

¹⁹⁸ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 14.

¹⁹⁹ CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 252; CORDÓN MORENO, F., *Proceso Civil de Declaración*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1996, pág. 31; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 71; MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob.cit., pág. 190; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 221; LUISO, F., “Pluralità di clausole compromissorie e unicità del processo arbitrale”, en <http://www.judicium.it>, 26 noviembre 2006, [fecha de consulta 13 marzo 2008], pág. 1; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 435; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 58.

acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias; el deber de cooperar en el nombramiento de los árbitros, en el desarrollo del procedimiento arbitral y de aceptar de antemano la sumisión al laudo que se dicte²⁰⁰; todo esto conforme a los principios de autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), de reciprocidad (artículo 1256 CC), de relatividad (artículo 1257 CC) y de buena fe (artículo 1258 CC)²⁰¹.

El ordenamiento jurídico ha otorgado a la voluntad de las partes de acudir a arbitraje una categoría equivalente a la Ley. “Si alguien ha sometido a la decisión de uno o varios árbitros cuestiones litigiosas, no puede cuando surjan éstas negarse a cumplir lo pactado y por ello frente a quien ha suscrito un convenio arbitral se puede iniciar un procedimiento que finalice en su caso con un laudo vinculante”²⁰². La competencia objetiva para resolver esta cuestión será de los árbitros; pero para que este efecto positivo del convenio arbitral se origine es necesario que éste sea válido y eficaz de acuerdo a las normas sobre validez de los contratos: consentimiento, objeto cierto y determinado y causa lícita (artículos 1261 y siguientes CC). En caso contrario, el convenio no sería eficaz y la obligación de acudir al arbitraje dejaría de existir²⁰³.

El segundo efecto es el procesal o negativo, que sustrae al juez del conocimiento de la controversia, excluyendo a la jurisdicción y otorgando el poder para resolverlo a los árbitros (artículo 11.1 LA)²⁰⁴.

²⁰⁰ CALVO CARAVACA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El arbitraje comercial internacional*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1989, pág. 87.

²⁰¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, ob.cit., pág. 245.

²⁰² CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 304.

²⁰³ CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 304; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 4.

²⁰⁴ GÓMEZ PORRÚA, J., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, Capítulo 62, en *Derecho de Sociedades – Libro en Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pág. 1956; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 252; CALVO CARAVACA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El arbitraje comercial internacional*, ob.cit., pág. 87; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., “Artículo 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, ob.cit., pág. 119; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, ob.cit., pág. 140; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 221; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 435; CORDÓN MORENO, F., *Proceso Civil de Declaración*, ob.cit., págs. 31 y ss.; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., págs. 71 y ss.; MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob.cit., pág. 192; CREMADES, B.,

Esto es lo que expresamente regula el artículo 11.1 de Ley de Arbitraje:

1. *El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.*

Este mismo artículo en su inciso tercero afirma que optar por la vía arbitral no impide a las partes del convenio que, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, soliciten de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste a concederlas (artículo 11.3 LA). Con esta prerrogativa no se está afectando el efecto negativo del convenio arbitral, ya que el fin es acudir al auxilio judicial en relación con los medios de prueba o para garantizar el cumplimiento definitivo del laudo que eventualmente se dicte²⁰⁵. A pesar de lo anterior, las partes pueden solicitar a los árbitros que adopten las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, durante la pendencia del procedimiento arbitral²⁰⁶, para lo que el o los árbitros podrán exigir la caución suficiente al solicitante (artículo 23.1 LA). “Este tipo de medidas cautelares solicitadas del Tribunal Arbitral son muy frecuentes y son cumplidas voluntariamente por las partes afectadas en función de la gran autoridad que el convenio arbitral otorga a los árbitros. No obstante lo anterior, al carecer los árbitros de potestad jurisdiccional que les permita ejecutar sus decisiones, para la ejecución de las medidas cautelares adoptadas por éstos y que no sean cumplidas voluntariamente por las partes, será necesario recurrir a la autoridad judicial”²⁰⁷.

Por tanto, la existencia de un convenio arbitral, no es causa de inadmisibilidad de la demanda por sí sola, ni tampoco produce la falta de jurisdicción de los jueces civiles. Esta inadmisión sólo es posible a través de un acto procesal de denuncia por parte del demandado, en el plazo oportuno, es decir, en la contestación de demanda a

“Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., págs. 303 y ss.; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 17; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 61; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 119.

²⁰⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 404.

²⁰⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)”, ob.cit., pág. 406; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 65.

²⁰⁷ CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 319.

través de una excepción declinatoria (artículos 39, 63 y siguientes LEC). De no hacerlo de esta forma, se entenderá que las partes renuncian al cauce arbitral y optan por la vía judicial²⁰⁸.

VII. Las clases de arbitraje de acuerdo a su organización: el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional

Según la organización del arbitraje éste podrá ser *ad hoc* o institucional. El primero se organiza para el caso concreto, con una total flexibilidad²⁰⁹. Las partes establecen las normas que han de cumplirse en cuanto al fondo y a la forma y no cuenta con ningún tipo de estructura o infraestructura predeterminada que lo apoye en su desarrollo. En cambio, en el segundo existe una institución que se encarga de forma permanente de llevar a cabo arbitrajes, para lo cual cuenta con una estructura y organización propias.

El arbitraje *ad hoc* es aquél que no será administrado por alguna institución arbitral, sino que será fruto de la libertad contractual de las partes. Ellas han especificado por escrito el pacto o convenio arbitral y la forma en que se desarrollará el proceso, de manera más o menos pormenorizada. A falta de esto deberán atenerse a las normas legales. Esta es la forma tradicional de arbitraje, gobernado por los intereses de las partes del convenio, las cuales confían su gestión a árbitros expertos en la materia objeto del litigio²¹⁰. En este, los árbitros serán los protagonistas del desarrollo procedimental, contando con la ventaja frente al arbitraje institucional de que el proceso se adaptará totalmente a las exigencias de los interesados, evitando todo lo que no les

²⁰⁸ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., “Artículo 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, ob.cit., págs. 119 y ss.; MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob.cit., pág. 193; CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., págs. 308 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Título V. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales (Arts. 24-33)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 432; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 61. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 4 de junio de 2002, razonamiento jurídico segundo; STS (Sección 1ª), 1139/2001, de 30 de noviembre, fundamento de Derecho tercero; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 119; BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales: su problemática”, en http://www.cej.justicia.es/pdfpublicaciones/abogados_estado/ABOGA23pdf, 12 de mayo 2004, [fecha de consulta 28 febrero 2005], pág. 575.

²⁰⁹ HÖMBERG, R., “El arbitraje institucional y sus retos en el inicio del siglo XXI. El ejemplo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Aranzadi, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pág. 69.

²¹⁰ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 71.

beneficie o atrase. Pero será necesario un mínimo de acuerdo entre las partes del convenio y el árbitro, por lo que es bastante común que aunque no se encomiende el arbitraje a una institución arbitral, se remita para su desarrollo procedimental al reglamento de una institución arbitral o al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), ya que éstos incorporan una detallada regulación del funcionamiento arbitral²¹¹.

La Ley de Arbitraje de Derecho privado de 1953 prohibía el arbitraje institucional²¹². En 1961, el Convenio europeo sobre Arbitraje comercial internacional de Ginebra regulaba la posibilidad de las partes de optar por la organización del procedimiento arbitral a través de una institución permanente de arbitraje²¹³; pero no es hasta la Ley de Arbitraje de 1988 que se permite en España el arbitraje institucional. Al contrario de la situación precedente en la que el arbitraje *ad hoc* era el único, con el cambio legislativo se convirtió en una excepción, y la práctica general pasó a ser el arbitraje institucional²¹⁴.

El arbitraje institucional o administrado, permite a las partes solicitar a un tercero, sea este una persona física o jurídica, la designación de los árbitros y la administración en general del proceso arbitral. Estos terceros encargados de la administración del arbitraje pueden ser corporaciones de Derecho público, asociaciones o entidades sin ánimo de lucro (artículo 14 LA)²¹⁵.

²¹¹ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 72.

²¹² GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., págs. 45 y ss.

²¹³ AZZALI, S., “Arbitrato amministrato”, en *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, dir. A. Buonfrate y Ch. Giovannucci, Capítulo V, UTET, http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1290/645253/FILENAME/SA_Utet_2006.pdf, [fecha de consulta 29 marzo 2007], pág. 49.

²¹⁴ CREMADES, B., “L’Espagne étrenne une nouvelle loi sur l’arbitrage”, en *Revue de l’arbitrage*, Paris, 1989, pág. 193; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., págs. 54 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 16.

²¹⁵ VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, ob.cit., pág. 22; GIMENO, M., “Tribuna de opinión: Es necesario un consenso global en nuestra sociedad para que se implante el sistema arbitral en nuestro país”, ob.cit., pág. 2; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, ob.cit., pág. 78. La Ley de Arbitraje lo que hace es distinguir entre dos tipos de instituciones, las de índole privado sin ánimo de lucro, y las de carácter público a las que denomina “Corporaciones de Derecho Público”. “La constitución de la institución arbitral se hace depender de la aprobación de unos Estatutos en los que se deben prever la realización de funciones arbitrales y en los que, en los casos de asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, su constitución y aprobación de Estatutos se condiciona a la normativa vigente sobre asociaciones. Tratándose de Corporaciones de Derecho Público la constitución y aprobación de Estatutos depende de sus normativas específicas como puede ser la de determinados colectivos como son los Colegios de Abogados, Cámaras de Comercio, etc.”. GISBERT POMATA, M., “Título III. De los árbitros”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coord. R. Hinojosa Segovia, Grupo Difusión,

Esta aportación de la Ley de 1988 fue una de sus contribuciones más decisivas para la difusión del arbitraje en España, ya que el legislador entendió que para la designación de los árbitros y para la administración del procedimiento arbitral, recurrir a estas instituciones no debía de ser “causa de alarma social ni vulneraba el principio de la tutela judicial efectiva”²¹⁶.

La actual Ley de Arbitraje, en su artículo 14, regula expresamente el arbitraje institucional²¹⁷. Dice así:

1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

a) Corporaciones de Derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia.

b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.

Por tanto, un arbitraje será institucional cuando se solicite a una Cámara de Comercio²¹⁸, a una Institución o a una Asociación arbitral que lleve a cabo el

Barcelona, 2004, pág. 86; ALONSO PUIG, J., “El arbitraje institucional (Art. 14)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 696 y ss.

²¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 105.

²¹⁷ En Francia se establece en el artículo 1451 del Nuevo Código Procesal Civil, como norma común tanto para la cláusula arbitral como para el compromiso, que solamente podrán ser nombrados árbitros las personas físicas, en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Y que en caso de que se designase a una persona jurídica, ésta solamente dispone del poder de organizar el arbitraje. En Italia se regula por primera vez de forma expresa el arbitraje institucional o de acuerdo a un procedimiento preconstituido (tal y como lo llama la Ley) en el artículo 832 del Código Procesal Civil, introducido mediante el artículo 25 del Decreto Legislativo 40/2006.

²¹⁸ La Ley 3/1993, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, en su artículo 2.1.i) regula la posibilidad de las Cámaras de “desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”.

procedimiento de acuerdo a su propio reglamento²¹⁹ y a través de su propia estructura material y humana²²⁰. La elección de un arbitraje institucional implica la intervención de la institución arbitral que administra el proceso con la aplicación de su sistema de normas, a las cuales remite la misma cláusula²²¹; pero la persona jurídica no podrá ser el árbitro, sino que únicamente podrá encargarse de administrar y gestionar el arbitraje conforme a sus reglamentos, ya que los árbitros deben ser personas físicas (artículo 13 LA)²²².

La institución a la que se dirigen las partes deberá ser seria, en el sentido de garantizarles el debido proceso (imparcialidad, contradicción, etc.), brindar estabilidad, actuar a través de normas preestablecidas y públicas, con miembros competentes y una estructura logística y organizativa adecuada. Será muy importante el grado de

²¹⁹ AZZALI, S., “Arbitrato amministrato”, ob.cit., págs. 49 y ss.; ALONSO PUIG, J., “El arbitraje institucional (Art. 14)”, ob.cit., págs. 679 y ss.

²²⁰ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 72. En la propia Exposición de Motivos de la actual Ley de Arbitraje de 2003, “la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes”. En el mismo sentido, SALI, R., “Arbitrato Amministrato”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Aggiornamento, Tomo I, Ed. UTET, Torino, 2007, en <http://www.camera-arbitrale.com>, [fecha de consulta 18/08/2008], pág. 6.

²²¹ La Red de Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio propone un convenio arbitral tipo que recomiendan incluir en los Estatutos Sociales para su inscripción en el Registro Mercantil. Dice: 1. *Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de Derecho por uno o más árbitros, en el marco de la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral.* 2. *Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se substanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral.* 3. *La Corte Española de Arbitraje no nombrará árbitro o árbitros en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o decisiones hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de su adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.* 4. *En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia Corte Española de Arbitraje fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos.* 5. *Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes, su compromiso de cumplir el laudo que se dicte*. En: http://www.camaras.org/publicado/arbitraje/clausula_625.html, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007].

²²² GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, ob.cit., pág. 307; Alonso Puig, J., “El arbitraje institucional (Art. 14)”, ob.cit., pág. 693. Este es el arbitraje que prevé la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, artículo 109, cuando se pretenda resolver mediante arbitraje la impugnación de acuerdos sociales. Este artículo expresamente dice: *Cláusula estatutaria de arbitraje. 1. Los estatutos sociales originarios podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de Derecho, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una corporación o asociación. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje, de la impugnación de los acuerdos sociales, requerirá el acuerdo de todos los socios.*

transparencia en cuanto a la duración del proceso y los costes, así como en cuanto al nombramiento, la independencia y la especialización de los árbitros²²³. Además, esta forma de organizar el arbitraje brinda estabilidad al procedimiento, quitando cargas y dispensando al árbitro y a las partes de molestos aspectos meramente administrativos, permitiéndoles realizar mejor y de forma más eficaz su labor²²⁴; reduciendo a su vez considerablemente la intervención de los jueces²²⁵. También desde un punto de vista económico, el arbitraje *ad hoc* es considerado como mucho más caro que el arbitraje institucional, ya que los costes del segundo están determinados desde el inicio del procedimiento, no así en el primero²²⁶.

Entre las partes y la institución arbitral se instaura una relación contractual, un mandato para que realice la actividad de acuerdo al interés de las partes²²⁷. Pero esto no significa que las organizaciones arbitrales actúan con total impunidad, sino que éstas deberán dar a las partes una serie de garantías a lo largo del procedimiento así como con respecto al laudo. Pero este tipo de instituciones cuenta con expertos y personal calificado que aseguran generalmente el proceso, reduciendo así el “apoyo judicial”

²²³ RONCAROLO, C., MARZOLINI, P., “La convenzione arbitrale dopo la riforma del diritto societario. Alcuni spunti pratici”, en www.camera-arbitrale.com/upload/file/433/216929/FILENAME/La%20convenzione%20arbitrale%20post%20riforma%20dir%20societario-spunti%20pratici.pdf, 2004 [fecha de consulta 23 junio 2006], pág. 4; AZZALI, S., “Arbitrato amministrato”, ob.cit., págs. 51 y ss.; ZAMBRANA TÉVAR, N., “Introducción a la nueva Ley de Arbitraje española”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/nueva_ley_arbitraje.php, 6 diciembre 2004, [fecha de consulta 4 octubre 2006], pág. 2; WEIDEMAIER, W., “The Arbitration Clause in context: How Contract Terms do (and do not) define the Process”, en <http://www.ssrn.com>, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008], pág. 7. Con el fin de velar por la transparencia del arbitraje, las instituciones arbitrales pueden adoptar Códigos de normas éticas y buenas prácticas, tal y como lo hizo el Tribunal Arbitral de Barcelona (siendo el primero en hacerlo en España), siguiendo el modelo de la *International Bar Association*. A través de este Código, el Tribunal Arbitral de Barcelona busca fortalecer y garantizar un proceso de calidad alternativo a la jurisdicción, garantizando la independencia de la institución y de sus empleados; la imparcialidad, la dedicación y la mayor especialización y competencia de los árbitros; así como el ahorro, la eficiencia y el respeto por el medio ambiente. AA.VV., “El Tribunal Arbitral de Barcelona vela por la transparencia en el arbitraje mediante la elaboración del primer código de normas éticas y buenas prácticas del arbitraje español”, en *Diario La Ley*, n° 7141/2009, de 24 Marzo, Año XXX, Editorial LA LEY, <http://diariolaley.laley.es>, [fecha de consulta 24 de marzo de 2009].

²²⁴ AZZALI, S., “Arbitrato amministrato”, ob.cit., pág. 55; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 72; MULLERAT, R., “Ventajas e inconvenientes del arbitraje institucional”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 233 y ss.

²²⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, ob.cit., págs. 106 y ss.; ALONSO PUIG, J., “El arbitraje institucional (Art. 14)”, ob.cit., pág. 690.

²²⁶ CHAHINIAN, R., “Arbitrato: fattore di produttività e sviluppo economico”, ob.cit., págs. 2 y ss.

²²⁷ LUISO, F., “Controversie societarie, clausola binaria e ruolo delle camere arbitrali nelle controversie con pluralità di parti”, en http://www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm [fecha de consulta 9 mayo 2006], pág. 6.

durante el procedimiento, aunque obviamente el laudo siempre podrá contar con el control judicial que el ordenamiento asegura a través de la acción de anulación y demás recursos procesales pertinentes²²⁸.

Es necesario aclarar, en este contexto, el principio de primacía de la voluntad de las partes del convenio, e incluso en caso de conflicto entre el convenio arbitral y el reglamento de la institución arbitral, prevalecerá aquél, y solamente se aplicarán las normas de éste último en los aspectos no previstos expresamente por las partes del convenio, o cuando las partes así lo hayan querido (artículo 4.a LA)²²⁹.

Es indispensable que la cláusula arbitral cumpla con los requisitos tanto de forma como de fondo para su validez, ya que sin ellos no podría acogerse al procedimiento arbitral. Por ello, es buena y recomendable la práctica de acogerse a las cláusulas arbitrales y a las sugerencias para su redacción hechas por los tribunales o instituciones arbitrales de reconocido prestigio. Esto es una clara exhortación al arbitraje institucional, pero en el caso del arbitraje societario considero que éste brinda una mayor seguridad jurídica y garantiza mejor (en relación con el arbitraje *ad hoc*) el rigor en el cumplimiento de los requisitos y principios del procedimiento arbitral²³⁰.

En este sentido existen un gran número de Tribunales o Cortes Arbitrales que representan muy bien lo que es el arbitraje institucional. Como ejemplo en España podemos hablar de las Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio e Industria o el Tribunal Arbitral de Barcelona; y en otros países de la *American Arbitration Association*, la *Camera Arbitrale nazionale e internazionale di Milano* o la *Chambre*

²²⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, ob.cit., págs. 107 y ss.; Ver páginas 375 y siguientes.

²²⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, ob.cit., pág. 77; SALI, R., “Arbitrato Amministrato”, ob.cit., pág. 14; AZZALI, S., “Arbitrato amministrato”, ob.cit., pág. 51.

²³⁰ AZZALI, S., “Arbitrato amministrato”, ob.cit., pág. 55; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, en *III Jornadas sobre Arbitraje Mercantil*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 16 de octubre de 2008. De acuerdo a un estudio publicado en el Boletín ADR Resources, en <http://www.aryme.com>, 30 de marzo de 2009, [fecha de consulta 3 abril 2009], el número de arbitrajes administrados por las Cámaras de Comercio de España aumentó en un 30% en el año 2008 en relación con el año precedente, para un total de 547 arbitrajes. De los arbitrajes administrados, la mayoría de los arbitrajes mercantiles tuvieron como sede Madrid, el 84% se desarrollaron conforme a Derecho, el 85% fueron entre empresas y sostienen que tras el estudio es evidente el crecimiento paulatino del arbitraje societario, en concreto, de la impugnación de acuerdos sociales y de los actos derivados del tráfico mercantil de las propias empresas.

Arbitrale de Paris. Todas estas instituciones, además de llevar a cabo arbitrajes de muy variadas materias, se dedican a la expansión de la cultura arbitral mediante foros, concursos, publicaciones, entre otros. Son instituciones que cuentan con un gran prestigio a nivel nacional e internacional y brindan seguridad a las partes de un conflicto por su seriedad y rigor.

VIII. Las normas que han de aplicarse a la resolución del fondo de la controversia: el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad

El arbitraje, como instrumento para la resolución de controversias alternativo a la jurisdicción, presenta una serie de ventajas que permiten flexibilizar el proceso en aras a una mejor adecuación a las necesidades de las partes de un conflicto.

En función del fin y de los requerimientos del procedimiento podrá optarse por un arbitraje de Derecho o por un arbitraje de equidad; aunque existe en la Ley de Arbitraje una presunción de que éste será conforme a Derecho salvo que las partes hayan autorizado a los árbitros a resolver conforme a criterios de equidad (artículos 3.2 CC y 34.1 LA). Tal y como establece la Exposición de Motivos de la actual Ley de Arbitraje (2003), “se invierte la regla que la ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de Derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un Tribunal”.

El artículo 34, inciso primero, de la Ley de Arbitraje dice:

- 1. Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.*

Cuando el arbitraje deba desarrollarse conforme a Derecho, como su nombre lo indica, los árbitros decidirán y llevarán a cabo el procedimiento aplicando estrictamente las normas sobre la controversia. En este caso, el árbitro deberá ser un abogado en

ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario (artículo 15.1 LA). Esta será la norma y la excepción será cuando las partes quieran que el árbitro resuelva como amigable componedor, en cuyo caso no será necesario que sea abogado, aunque esto no es excluyente. Si se le solicita que actúe conforme a Derecho deberá aplicar la Ley, tanto en cuanto al fondo como a la forma, tal y como se haría en sede judicial²³¹.

Creo que la última parte del inciso primero del artículo 15 LA podría redactarse de una forma positiva para su mejor entendimiento. Tal y como está redactado regula la posibilidad de realizar un arbitraje de Derecho por personas que no sean abogados en ejercicio si las partes así lo han acordado, pero de una forma confusa.

En primer lugar, el ordenamiento cuenta con una presunción a favor del arbitraje de Derecho. Esto quiere decir que se presume que todo arbitraje deberá resolverse en Derecho, salvo autorización expresa de las partes para resolver en equidad (artículo 34.1 LA).

En segundo lugar, se requiere que los árbitros, salvo en aquellos casos en los que “deba decidirse en equidad” porque las partes así lo han querido, sean abogados en ejercicio. Por otro lado, el requisito de que sea el árbitro un abogado en ejercicio, no es una garantía imprescindible para que el arbitraje refleje realmente o alcance un resultado plenamente adecuado al Derecho²³². Este resultado se podría alcanzar también si el árbitro fuera un juez jubilado o un catedrático de Derecho de reconocido prestigio que sea capaz, a la vez que está autorizado para interpretar el Derecho, de resolver el conflicto conforme a las normas requeridas²³³.

²³¹ ROBERT, J., *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, ob.cit., pág. 156; MUÑOZ SABATE, L., “Título III. De los Árbitros (Arts. 12, 13, 15-21)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 336.

²³² Hay quien sostiene que requerir a un abogado en ejercicio desarrollar la función arbitral garantiza que esté en contacto con el tejido empresarial y además podrá ser especialista en la materia que se somete a su conocimiento, garantizando la inmediatez entre las partes y una mayor accesibilidad al árbitro. COLINA GAREA, R., Ponencia: “El futuro del arbitraje”, ob.cit. En contra de la presunción que un abogado en ejercicio garantiza la correcta aplicación del Derecho, RUIZ MORENO, JM., “Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs. 75 y ss.

²³³ En las enmiendas del Senado, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 170 (c), de 2 de diciembre de 2003, pág. 35, en la enmienda nº 43 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), se solicitaba exigir una experiencia de al menos cinco años de ejercicio ininterrumpido de la profesión o con una especialización en la materia a la que el arbitraje se refiera acreditada por el Colegio de Abogados al que pertenezca o por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, a los abogados que habrían de ser árbitros. Justificaban esta modificación diciendo que “es esencial que la

Por tanto, considero que otra forma de redactar este inciso sería afirmando que: para los arbitrajes internos que deban decidirse conforme a Derecho se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo que las partes consideren que otra persona, cualificada en Derecho, es igualmente idónea para resolver el conflicto²³⁴.

Cuando se les permita a los árbitros llevar el proceso y dictar el laudo conforme a criterios de equidad, éstos se guiarán por su propio sentido de justicia, por criterios de

Ley determine expresamente que sólo los profesionales en Derecho pueden decidir con arreglo a Derecho y, además, que dentro de las distintas profesiones jurídicas, la capacidad para ser árbitro se limite a quienes ejercen la abogacía, con un mínimo de experiencia. El silencio de la Ley sobre este particular puede tener efectos muy negativos porque posibilitaría que otros profesionales jurídicos distintos de los abogados pudieran ser nombrados árbitros. Esta posibilidad, ciertamente, estaría vedada para los Jueces y Magistrados, pero no por razón de la propia Ley de Arbitraje, sino por la legislación específicamente aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Pero no estaría vedada a aquellos otros profesionales jurídicos que ejercitan funciones públicas, como es el caso de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Se trata de dos Cuerpos extraordinariamente prestigiosos, pero, precisamente por esta razón, es necesario adoptar aquellas medidas oportunas para impedir, por ejemplo, que el Notario autorizante de las escrituras sugiera a las partes y obtenga de ellas la aquiescencia para introducir una cláusula por cuya virtud las controversias que se planteen en la interpretación o en la ejecución de lo pactado sean resueltas por el propio Notario. Este tipo de cláusulas podrían ir en demérito de la independencia que corresponde a los prestadores de la fe pública, y de ahí la oportunidad de que la Ley contenga una norma que limite a los abogados la capacidad para ser árbitros en los arbitrajes de Derecho. Al mismo tiempo, resulta igualmente oportuno exigir algún grado de experiencia profesional. De entre las distintas técnicas a las que puede recurrir la legislación, se propone exigir un mínimo ejercicio de esa profesión de abogado o la especialización, siempre que la misma resulte acreditada”. En el mismo sentido, enmienda nº 60 del Grupo Parlamentario Socialista, pág. 42; y enmienda nº 97 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió, pág. 55, en el que justifican la necesidad de que en los arbitrajes basados en Derecho, los árbitros sean profesionales cualificados en Derecho por la función cuasi-jurisdiccional del arbitraje, siendo necesario dotarlo de las mejores garantías de profesionalidad.

²³⁴ En el Digesto se prohibía a los jueces ser árbitros, por considerar que ambas funciones eran incompatibles, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ponencia: “Fundamentos históricos del arbitraje moderno”, ob. cit.; en España por el artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es posible que los jueces sean árbitros, ya que su función es incompatible con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial. En cambio, en Francia no se dice nada acerca de otro tipo de requisitos que deba tener el árbitro, pero la doctrina francesa se ha encargado de aclarar que pueden ser árbitros también los magistrados, previa autorización de su superior jerárquico, siempre y cuando sea compatible con sus funciones y con carácter excepcional. FOUCHARD, PH., « La compatibilité des fonctions de magistrat et d’un arbitre, ou le fin d’une mauvaise querelle », en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, Paris, 1994, págs. 662 y ss. En Inglaterra no existe ningún motivo que impida que un juez de lo mercantil sea también árbitro. MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 13. Volviendo a España, en el caso de jueces o magistrados jubilados, se trataría más bien de una ventaja del arbitraje sobre la jurisdicción, ya que contaría con todas las ventajas y flexibilidad que le son propias a este instituto jurídico, pero además le brindaría a la resolución la autoridad y la seguridad jurídica necesarias para la tranquilidad de las partes, ya que resolverían las mismas personas que hubieran resuelto en el proceso judicial. FERNÁNDEZ FARALDO, M., Ponencia: “Interés judicial del arbitraje”, en *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007.

prudencia y de oportunidad, y dictarán y justificarán el laudo de acuerdo con su conciencia en consideración al caso concreto²³⁵.

Que un laudo se deba dictar en conciencia por el árbitro no significa que sea una forma arbitraria de resolver conflictos, sino que deberá basarse, y estar así motivado, en las reglas preestablecidas y reconocidas objetivamente, que aunque no se encuentren tipificadas, serán pautas determinadas que reflejen el común sentir, los valores y las costumbres de una determinada sociedad y que se aplicarán en todas las situaciones futuras que tengan las mismas características. Esta es una forma ideal para resolver conflictos para los que el Derecho codificado no tiene solución. No se trata de ir en contra de las normas instituidas, sino que simplemente es una forma diferente de llegar a un resultado igualmente legal, adaptando las normas de la cultura económica y social de su ambiente al caso concreto²³⁶.

Aunque el árbitro de equidad decidirá sin ceñirse exclusivamente a las normas de Derecho, tiene la obligación de justificar su decisión conforme a los criterios de equidad. Éste deberá verificar que la solución adoptada se adecue a los criterios de equidad, a los usos del comercio y especialmente a las circunstancias particulares contractuales de las partes, entre otros. Por lo que el laudo deberá, al igual que un laudo conforme a Derecho, ser congruente y razonable. De no ser así, el laudo podrá ser anulado²³⁷.

²³⁵ BROGGINI, G., y otros, “Arbitrato di equità”, ob.cit., pág. 324; SHANSKE, D., “Hegel and the Justification for Arbitration in a Modern State”, en <http://ssrn.com>, Marzo 2007, [fecha de consulta 15 abril 2009], págs. 9 y ss.

²³⁶ BROGGINI, G., y otros, “Arbitrato di equità”, ob.cit., págs. 340, 367 y ss.; MIRABELLI, G., GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 1; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 4; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., págs. 22, 48 y ss.

²³⁷ DUBARRY, J., LOQUIN, E., “Tribunal de commerce et arbitrage: Ord. du président du tribunal de grand instance de Paris, 4 avr. 2003, Rev.arb. 2005.162, note L. Jaeger, SA Loris c/ Sté Clarins”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, nº3/2005, pág. 484; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 133; RONTCHEVSKY, N., « L'obligation pour l'arbitre amiable compositeur de statuer en équité », en *Recueil Le Dalloz*, nº 34/7043, 4 octobre 2001, pág. 2780 y ss.; AA.VV., “Jurisprudence. Sommaires commentés”, en *Recueil Le Dalloz*, nº 36/1733, 16 octobre 2003, pág. 2474; CLAY, T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 », en *Recueil Le Dalloz*, nº 44/7229, 15 décembre 2005, pág. 3058; BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 230; RUDLER, J., *La clause compromissoire et l'arbitrage civil*, SEDAN, Nancy, 1927, págs. 136 y ss.; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 57; BLASCO GASCÓ, F., Ponencia: “El arbitraje de equidad”, ob.cit.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) 2142/2000, de 18 de abril, fundamento de Derecho tercero.

Este punto en concreto ha sido ampliamente discutido en la jurisprudencia francesa, llegando a conclusiones trasladables a nuestro sistema jurídico. En primer lugar se considera que acudir a un arbitraje de equidad no merma los derechos de las partes recurrentes, sino que en cambio les da más herramientas a los árbitros para que dicten una solución más “justa”. En segundo lugar, la jurisprudencia recientemente ha aclarado que justificar un laudo conforme a criterios de equidad no implica la mención explícita de que éste está siendo decidido conforme a equidad, como en otros momentos se exigía como requisito formal, sino que debe desprenderse del mismo como requisito de fondo. Y, en tercer lugar, que aunque el árbitro de equidad opte por aplicar las normas legales o contractuales que rigen el conflicto por considerar que son las que lo resuelven mejor, éstas deberán confrontarse con los criterios de equidad, con el fin que el laudo sea válido, ya que si no el árbitro no estaría actuando conforme al mandato recibido y el laudo sería anulable²³⁸.

Asimismo, que el árbitro de equidad o amigable componedor no deba aplicar estrictamente las reglas de Derecho, no quiere decir que pueda eximirse de la aplicación de las normas de orden público, ya que a nadie le está permitido²³⁹. Por el contrario, las normas de orden público deberán aplicarse tanto en cuanto al fondo, como a la forma²⁴⁰; por lo que deberá, además de motivar su decisión²⁴¹, respetar los principios que rigen cualquier proceso y principalmente el de contradictorio (artículo 24 LA)²⁴².

²³⁸ CHANTEBOUT, V., « Note. Cour d’appel de Paris, 1^{er} Ch. A., 14 mars 2006, C. et autres c/ S. et autres. Cour d’appel de Paris, 1^{er} Ch. C., 10 mai 2007, Caisse Centrale de Réassurance SA c/ société Arianespace SA et autre. Cour d’appel de Paris, 1^{er} Ch. C., 3 juillet 2007, L. c/B. », en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, n° 4/2007, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, págs.821 y ss.

²³⁹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., pág. 232; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 58.

²⁴⁰ BOISSESON, M., *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 313; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., pág. 56; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 146; SICARD, J., *Manuel de l’expertise et de l’arbitrage*, Librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, 1970, págs. 39 y ss.

²⁴¹ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, ob.cit., pág. 82. Lo que no se encuentra motivado se considera ya por este sólo hecho, arbitrario y, afirma que, “la motivación es además, “no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificios de derechos”, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho (STC de 11 de julio de 1983)”.

²⁴² CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 1 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 28 y ss.; RONTCHEVSKY, N., « L’obligation pour l’arbitre amiable compositeur de statuer en équité », ob.cit., pág. 2782; ROBERT, J., *L’arbitrage: droit interne, droit international privé*, ob.cit., pág. 158; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 49. SAP de

Esto es así porque en los juicios de equidad el sujeto encargado de dirimir el conflicto se coloca frente al hecho, no frente a la norma que ha de ser aplicada, como sería el caso del arbitraje de Derecho, y toma en cuenta otras circunstancias del caso concreto con un alto grado de subjetivismo. Pero en palabras de Blasco Gascó, “hay que tener cuidado con las ideas platónicas de la justicia y del Derecho, ya que en un Estado de Derecho, la Ley es la justicia y no otra cosa”²⁴³.

En cuanto al arbitraje societario en concreto, en Italia el arbitraje de Derecho es el que está expresamente requerido por la Ley (artículo 36 D. Leg. 5/2003) para resolver las controversias societarias²⁴⁴, ya que consideran que en una sociedad de capital están involucradas muchas personas y una diversidad de intereses protegidos por normas imperativas que requieren claridad y seguridad para su buen funcionamiento. La equidad, criterio para el caso concreto, no da la seguridad que se requiere en este contexto, aunque en determinados casos ayude a adecuar mejor la normativa existente a las circunstancias propias de cada sociedad²⁴⁵.

En Derecho español, en cambio, no contamos con una norma análoga a la italiana, existiendo criterios doctrinales que aceptan tanto uno como otro tipo de arbitraje. Sin embargo, la doctrina coincide en que cuando el árbitro deba resolver una impugnación de acuerdos sociales deberá decidir conforme la normativa imperativa que rige a dicha sociedad (convocatoria, mayorías y celebración de la junta), sea el arbitraje de Derecho o de equidad²⁴⁶.

A pesar de esta postura ambivalente de la doctrina española, aunque no sea de una forma imperativa, con respecto a la materia societaria se prefiere el arbitraje de

Madrid (Sección 21ª), de 24 de septiembre de 2002, fundamento de Derecho quinto; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 73.

²⁴³ BLASCO GASCÓ, F., Ponencia: “El arbitraje de equidad”, ob.cit.

²⁴⁴ CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., págs. 5 y ss.; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 10.

²⁴⁵ BROGGINI, G., y otros, “Arbitrato di equità”, en *L’arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, T. I., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, pág. 369.

²⁴⁶ CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 43; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 30 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., ARIZA COLMENAREJO, M., *Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas (adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, nº 46, Editorial Colex, Madrid, 2000, pág. 15; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 230; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 74.

Derecho, brindando así una solución, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico, perfectamente equivalente a la que se obtendría por medio de un procedimiento judicial ordinario, en aras de la seguridad jurídica y de la previsibilidad de las decisiones²⁴⁷.

Pero en cuanto a este tema, existen también opiniones recientes, aunque no mayoritarias, que defienden que el arbitraje de asuntos societarios también puede llevarse a cabo de forma eficaz conforme a criterios de equidad, siempre que por lo menos uno de los miembros del tribunal sea un experto jurista o, en caso contrario, que se nombre a peritos juristas para asesorar a los miembros del Tribunal²⁴⁸. Otros sostienen que optar por el arbitraje de equidad para la resolución de las impugnaciones de acuerdos sociales permite aplicar otros criterios en la decisión, además de las normas imperativas, brindando la oportunidad de llegar a una solución más justa²⁴⁹.

A pesar de estos razonamientos, considero que estas posturas demuestran que para asegurar una adecuada solución de este tipo de conflictos societarios es indispensable la participación de expertos en Derecho, ya que se trata de asuntos que

²⁴⁷ MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 2027; GARCÍA PAREDES, A., “Dos vías de solución de conflictos: el arbitraje y los Tribunales”, ob.cit.; BLASCO GASCÓ, F., Ponencia: “El arbitraje de equidad”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 3 julio 2008; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 212; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 462; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 28 y ss. En las enmiendas al Proyecto de Ley de Arbitraje por el Senado, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 170 (c), de 2 de diciembre de 2003, pág. 38, en la Enmienda nº 52 se proponía la adición de una nueva Disposición final modificando el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de introducir la cláusula estatutaria de arbitraje para resolver la impugnación de acuerdos sociales, pero siempre conforme a Derecho. Se justificaba en que “el tema del arbitraje societario resulta extraordinariamente complicado. En primer lugar, porque está fuera de toda duda que los terceros legitimados para impugnar los acuerdos nulos no quedan sometidos al arbitraje estatutario; y, en segundo lugar, y sobre todo, porque, como consecuencia de la inexistencia de normas legales sobre el particular, en la práctica comienzan a introducirse cláusulas de arbitraje de equidad para resolver los conflictos societarios que, objetivamente, no son las más adecuadas en organizaciones de carácter mercantil (...)”.

²⁴⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 298 y ss.; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 229 y ss.

²⁴⁹ CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, ob.cit.; GALLEGU SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 74.

requieren de conocimientos específicos que un técnico o especialista en otra materia no sería capaz de aplicar y, por tanto, no podría brindar una solución realmente eficaz para las partes del conflicto.

IX. Distinción de figuras afines al arbitraje

1. Preámbulo

Nuestro objeto de estudio es el arbitraje como instituto de Derecho procesal que confiere al árbitro el poder de resolver una controversia entre las partes, con carácter vinculante y con los efectos propios de una sentencia judicial²⁵⁰.

Existen otros mecanismos no jurisdiccionales para la resolución de controversias que, aunque cuentan con características propias, están muy relacionados con el arbitraje y pueden causar confusión.

Además, desde el punto de vista semántico, varias de estas figuras vienen de una misma raíz latina *arbiter*, que significa la persona que, a petición de las partes vinculadas por un asunto incierto o controvertido, se encarga de dirimir la cuestión en vía extrajudicial; lo cual favorece la confusión entre estos mecanismos alternativos a la jurisdicción con el arbitraje²⁵¹.

Por estas razones, en este apartado se analizará cada una de las figuras afines al arbitraje, con el fin de distinguir, a la hora de analizar un caso concreto, si estamos o no frente a un arbitraje en sentido estricto.

El arbitraje es parte del grupo de mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos (*Alternative Dispute Resolution*, en adelante ADR). Este concepto se empezó a gestar en Estados Unidos a partir de los años sesenta, principalmente por las

²⁵⁰ GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1956, pág. 20; MOTULSKY, H., *Écrits: Études et notes sur l'arbitrage*, ob.cit., pág. 23; DIFUNDO, A., “L'arbitraggio. La perizia contrattuale”, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, Tomo I, UTET, Torino, 1999, pág. 213.

²⁵¹ ALPA, G., “Arbitrato e figure affini”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa, T. Galletano, Casa Editrice dott. A. Milani, Padova, 1994, pág. 75.

debilidades que presentaba el sistema de litigio tradicional, por la excesiva duración de los procesos judiciales, los elevados costes que conllevaba, así como la predisposición a una actitud belicosa entre las partes o la ineficiencia del sistema²⁵².

Actualmente se habla de Resolución “Adecuada” de Conflictos, en vez de “Alternativa”, por considerar que dicho término no siempre respondía a la técnica o medio empleado. Estas formas de resolver conflictos buscan una mayor satisfacción de las partes a través de procedimientos más baratos, accesibles, flexibles, que se adapten a sus necesidades y a los cuales sean capaces de hacer frente. A través de estos medios alternativos a la jurisdicción, no serán las partes las únicas favorecidas, sino que presenta ventajas incluso para los abogados, con clientes más satisfechos y más medios y posibilidades para manejar los conflictos; beneficiando también a la justicia estatal al reducirse el volumen de procesos, fomentando la participación de la comunidad en la resolución de litigios y mejorando la calidad y la eficacia de sus resoluciones²⁵³.

²⁵² KUPFER SCHNEIDER, A., « Building a Pedagogy of Problem-Solving: Learning to Choose among ADR Processes », en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5, Massachusetts, 2000, pág. 115; MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ob.cit., pág. 31; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 49; CHIARLIONI, S., “I meccanismi conciliativi”, en <http://www.judicium.it>, 4 julio 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008], pág. 7; VELARDE ARAMAYO, M., SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los “ADR”, ob.cit., pág. 19; BARONA VILAR, S., “Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, RFA e Italia”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1998, pág. 58. Se ha dicho que fueron diversos los factores que confluieron para dar origen y desarrollo a los ADR en Estados Unidos, dentro de los cuales se citan la presencia de métodos de resolución de conflictos, alternativos a la jurisdicción, provenientes de la amalgama de razas, etnias y religiones que caracteriza este país; el sentimiento de individualismo y autosuficiencia que predomina en la sociedad; y también gracias a una doctrina científica interesada en su estudio. PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2003, pág. 76; MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, ob.cit., págs. 50 y ss.

²⁵³ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 69; KUPFER SCHNEIDER, A., “Building a Pedagogy of Problem-Solving: Learning to Choose among ADR Processes », en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5, Massachusetts, 2000, págs. 115 y ss.; KOCHAN, TH., LAUTSCH, B., BENDERSKY, C., « An Evaluation of the Massachusetts Commission Against Discrimination Alternative Dispute Resolution Program », en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5/2000, pág. 233.

Con el fin de estudiar las características propias de cada uno de ellos para poder distinguirlos del arbitraje, clasificaremos estos medios alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos en dos²⁵⁴.

En primer lugar están los sistemas vinculantes o heterónomos que tienen un carácter decisorio, tales como el arbitraje o el arbitrio de un tercero, en los que el tercero será quien imponga la solución, pronunciándose y decidiendo sobre el conflicto que se le plantea²⁵⁵.

En segundo lugar, están los sistemas no vinculantes o autónomos sin carácter decisorio, tales como la conciliación o la mediación, en los que el tercero interviene no como dirimente de la cuestión, sino como un intermediario o asesor. En ellos el tercero puede explorar los intereses de las partes intentado descubrir los verdaderos motivos del conflicto, pero son las mismas partes quienes deben llegar a una solución sin que les venga impuesta desde fuera. Estos medios de resolución de conflictos tienen un carácter únicamente contractual y se rigen por sus reglas específicas, aunque todos son mecanismos de pacificación social y deben considerarse como medios independientes de acceso a la justicia con fundamento en la libertad de los ciudadanos²⁵⁶.

En este apartado estudiaremos en primer lugar la transacción, por ser el medio más común de poner fin a las desavenencias. Continuaremos con el arbitrio de un tercero, para recalcar la confusión terminológica existente y las características propias que lo hacen, al menos teóricamente, inconfundible con el arbitraje. Analizaremos la función del perito como un instrumento de apoyo, con un carácter meramente ilustrativo para la autoridad o para las partes, sin tener su dictamen el carácter de cosa juzgada,

²⁵⁴ BONGIORNO, G., “Problemi attuali e urgenti della giustizia civile”, en http://www.oua.it/27_congr-int1.htm, XVII Congreso nazionale dell’avvocatura italiana, [fecha de consulta 15 febrero 2005], pág. 4.

²⁵⁵ BRUNELLI, C., “Arbitrato e conciliazione: le novità di interesse notarile nella riforma societaria”, en <http://www.federnotizie.org/2004/luglio/brunelli.htm>, [fecha de consulta 8 agosto 2006], págs. 1 y ss.; LUISO, F., «La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti», en http://www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm, 10 diciembre 2003, [fecha de consulta 18 junio 2007], pág. 2; BARONA VILAR, S., “Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, RFA e Italia”, ob.cit., pág. 64; LUISO, F., “La conciliazione: i possibili sviluppi tratti dall’esperienza”, en <http://www.judicium.it>, 10 marzo de 2009, [fecha de consulta 31 marzo 2009], págs. 1 y ss.

²⁵⁶ LUISO, F., “La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti”, ob.cit., pág. 2; ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12/2005, pág. 61; AA.VV., *Servicios de Solución de Controversias. Reglamento ADR, Reglamento de Peritaje, Reglamento relativo a los Dispute Boards*, Cámara de Comercio Internacional, París, 2008.

como sí lo tiene el arbitraje. Nos referimos a las características propias de la conciliación y la mediación; para por último mencionar las formas particulares de resolver conflictos en el Derecho comparado, que en realidad serán subespecies del arbitrio de un tercero, tales como el arbitraje *irrituale* y el “arbitraje” económico italianos, la firma de documento en blanco o el *Schiedsgutachten* alemán.

Por último es necesario aclarar que en este apartado se intenta hacer un análisis de los principales ADR que generalmente pueden llevar a confusiones con el arbitraje, pero esto no excluye que existan, como de hecho así es, una gran cantidad de combinaciones entre ellos o nuevas formas, técnicas o procedimientos diferentes, ya que estamos frente a un terreno fértil en innovaciones y cambios, directamente relacionados con la autonomía de la voluntad y el Derecho contractual.

2. La transacción como medio más común de resolución de controversias

Tradicionalmente, tanto en la legislación como en la doctrina, ha habido una cierta confusión entre la transacción y el arbitraje por la utilización de criterios y requisitos del primero para definir o limitar el campo de acción del segundo, creando desconcierto y argumentos en contra del arbitraje²⁵⁷.

Como ejemplo de la confusión creada por las leyes que antes mencionábamos, el artículo 19.1 LEC regula el derecho de disposición de los litigantes y se refiere de forma expresa a ambos institutos jurídicos (transacción y arbitraje).

El artículo 19, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice así:

1. *Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la Ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.*

²⁵⁷ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J., “La Junta General de Accionistas”, tomo V, en *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, dir. R. Uría, A. Menéndez, M. Olivencia, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992, pág. 364; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. págs. 131 y ss.

Pero a pesar de estas confusiones, el poder de transigir se regula de forma autónoma en los artículos 1809 y siguientes del Código Civil. En este apartado analizaremos sus características propias con el fin de evitar cualquier equívoco.

El artículo 1809 CC define la transacción de esta forma:

La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

De este artículo se desprende que el elemento esencial de una transacción es que ambas partes renuncian a algo en aras de la paz jurídica. En cambio, en el arbitraje no es necesario hacer ningún tipo de renuncia, ya que únicamente se presenta como una opción para las partes con el fin de que encaucen el procedimiento a través de un medio diferente a la jurisdicción, pudiendo concederse íntegramente las pretensiones de una sola de las partes, tal y como ocurre en un proceso judicial²⁵⁸.

El arbitraje y la transacción tienen en común su fin: la resolución de una controversia sin la intervención de un juez²⁵⁹. Pero se diferencian en que la transacción comporta la eliminación instantánea de la litis por obra de las partes haciéndose concesiones recíprocas, sin que exista una decisión de carácter jurisdiccional motivada, ni un vencedor ni un vencido²⁶⁰. En cambio, en el arbitraje el problema es resuelto por

²⁵⁸ ROBERT, J., *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, ob.cit., pág. 9; JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., págs. 203 y ss.; ROBERT, J., *Arbitrage civil et commercial: droit interne et droit international privé*, ob.cit., pág. 15; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit. pág. 13; MOTULSKY, H., *Écrits: Études et notes sur l'arbitrage*, ob.cit., pág. 22; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 17; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 153; LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., pág. 27 y ss.; REGLERO CAMPOS, L., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988)*, ob.cit., pág. 139; ROGEL VIDE, C., Ponencia: "El contrato de compromiso. El convenio arbitral", ob.cit.

²⁵⁹ FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 142.

²⁶⁰ MIRABELLI, G., GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 10; ALPA, G., "Arbitrato e figure affini", ob.cit. pág. 76; FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 142; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., pág. 263; BARRECA, L., "Arbitrato e compromesso. Clausola compromissoria. Arbitrato rituale. Esclusione socio. Comprometibilità della questione", en <http://www.diritto.it/sentenze/magistratord/barreca4.html> [fecha de consulta 9 mayo 2006]; BOISSÉSON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 179; JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., pág. 198; MOTULSKY, H., *Écrits: Études et notes sur l'arbitrage*, ob.cit., pág. 22; GOUIFFRES, L., « L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de Justice ? », ob.cit., pág. 16; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 13. En

un tercero imparcial a través de un procedimiento específico²⁶¹. “Quien compromete no abdica o renuncia a un interés, un derecho, potestad. Quien compromete dispone únicamente del derecho jurisdiccional, es decir: el derecho a que la tutela judicial de sus derechos sea administrada por la jurisdicción ordinaria. No por ello renuncia, abdica o transige el derecho sustantivo o su acción. Si se quiere en los términos gráficos del C.C -artículo 6.2- el compromiso es exclusión voluntaria del orden procesal, pero no de la Ley material aplicable para solventar la controversia o de los derechos en ella reconocidos”²⁶².

La transacción requiere, al igual que en el arbitraje, que exista una controversia que pueda ser resuelta, es decir, debe versar sobre materia de libre disposición por las partes, con un objeto posible y lícito (artículo 1814 CC). No es necesario, sin embargo, que ya se haya instaurado un procedimiento judicial, sino que es suficiente con que el conflicto exista y esté determinado²⁶³.

Otro elemento que contribuye a la confusión entre ambos institutos es que, en algunos casos, la transacción puede llegar a ser una forma de finalizar un procedimiento arbitral, sin que esto impida que se dicte el laudo que pone fin al procedimiento (artículos 30 Ley Modelo CNUDMI y 36 LA).

El artículo 30 de la Ley Modelo regula la transacción como medio válido para poner fin a un proceso arbitral de la siguiente manera:

1. *Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal*

Estados Unidos de Norteamérica el 95% de los litigios son resueltos de forma transaccional. Para esto es recomendable introducir en el contrato una cláusula que compela a las partes a negociar la solución de sus discrepancias antes de acudir a los Tribunales, creando un efecto psicológico favorable a la conducta de las partes, fomentando su eficacia. MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, ob.cit., pág. 56.

²⁶¹ NISATI, M., “Lineamenti dell’arbitrato”, en *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, dir. G. Iudica, IPSOA Editore S.R.L., Milano, 2003, pág. 37.

²⁶² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6927; LEIBLE, S., LEHMANN, M., “El arbitraje en Alemania”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pág. 158.

²⁶³ ROVELLI, L., “La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento”, en *L’arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, T. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, pág. 109.

arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

2. *El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.*

Por su parte, el artículo 36 LA regula el laudo por acuerdo de partes, con una redacción casi idéntica a la de la Ley Modelo.

El artículo 36 de la Ley de Arbitraje dice así:

1. *Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de un laudo en los términos convenidos por las partes.*
2. *El laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente y tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.*

Otra diferencia entre la transacción y el arbitraje consiste en que en una transacción no puede solicitarse la ejecución forzosa de lo acordado, ya que ésta no constituye un título ejecutivo por ella misma, sino que sería necesario, en caso de incumplimiento, que se llevara a la vía judicial para su reconocimiento posterior. En cambio, el laudo arbitral es directamente ejecutivo (artículo 517.2.2º LEC)²⁶⁴.

Al igual que en el arbitraje, la transacción debe ser redactada de forma escrita y tiene naturaleza contractual. Pero si bien el arbitraje es en su origen una convención entre las partes, tiene también naturaleza y efectos jurisdiccionales²⁶⁵.

²⁶⁴ ROBERT, J., *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, ob.cit., pág. 9.

²⁶⁵ ROBERT, J., *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, ob.cit., pág. 8; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ob.cit.,

El poder de transigir no incluye el poder para comprometer (artículo 1713 CC), ya que la capacidad de comprometer en arbitraje exige mayores condiciones que la de transigir. En este orden de cosas, la capacidad para transigir está menos tutelada que la capacidad para someterse a un arbitraje, ya que la transacción implica una renuncia eventual a derechos litigiosos que las partes conocen exactamente y saben perfectamente a qué están renunciando (artículo 1815 CC). En cambio, en un arbitraje las partes se han obligado a aceptar una eventual renuncia a derechos en una medida por ellos desconocida al momento del convenio, requiriendo así de una mayor protección por parte del ordenamiento, por lo que se requerirá de un poder *ad hoc* para someterse a arbitraje, sin ser suficiente un poder general de administración²⁶⁶.

Por otra parte, la transacción es vinculante únicamente para sus partes, por lo que la realizada por uno sólo de los afectados, en caso de ser varios, no vincula en absoluto a los otros y no puede oponerse a ellos. Tiene entre sus partes la autoridad de la cosa juzgada material (artículo 1816 CC), y no podrá impugnarse por error de Derecho ni por lesión; aunque sí podrá rescindirse cuando exista error en la persona o en el objeto de la disputa, además de cuando haya habido dolo, intimidación o violencia (artículos 1265 y 1817 CC). Procede también rescindir la transacción cuando se haya hecho en ejecución de un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente de dicha nulidad²⁶⁷.

pág. 37; REGLERO CAMPOS, L., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988)*, ob.cit., pág. 138.

²⁶⁶ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 27. En este sentido, el Código Civil francés exige que se otorgue un mandato especial para cada uno, ya que el poder de transigir no incluye el de comprometer: Artículo 1989 Código Civil francés. *El mandatario no puede traspasar los límites del mandato: el poder de transigir no incluye el de comprometer*. Jarrosson, Ch., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., págs. 203 y ss.; ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, ob.cit.; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 136.

²⁶⁷ El juez lo único que hace es comprobar que las partes efectuaron una transacción, por lo que “las declaraciones fácticas que contenga no son más que reconocimientos de hechos homologados ante un fedatario público, el Secretario Judicial, que podrán tener los efectos probatorios que el Juez del futuro proceso considere procedentes, haciendo uso de su facultad de valoración en los términos establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero no le van a vincular a esas declaraciones como si fueran hechos probados, ni muchísimo menos”. La resolución que homologa una transacción tendrá los efectos de cosa juzgada “en cuanto que al hecho de que las partes suscribieron una transacción conforme a Derecho. Es el único enjuiciamiento que contiene. Y la única estabilidad que precisa es que no se ponga en tela de juicio que se realizó esa transacción en un futuro”: NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, ob.cit., pág. 152; STS de 30 de octubre de 1989, fundamento de Derecho segundo; MOTULSKY, H., *Écrits: Études et notes sur l'arbitrage*, ob.cit., pág. 38.

En fin, en la transacción hay una renuncia al derecho de accionar, renuncia a utilizar las vías judiciales; mientras que en el convenio arbitral hay una renuncia a acudir a la jurisdicción estatal, pero no hay ninguna renuncia al derecho de accionar²⁶⁸.

3. La integración de relaciones jurídicas incompletas: el arbitrio de un tercero

Dentro de lo que no constituye arbitraje se encuentra también la figura de la integración de una relación jurídica incompleta por un tercero. Este tercero recibe el nombre de arbitrador, siendo este término el principal elemento de confusión entre ambos institutos jurídicos²⁶⁹.

La cláusula de arbitrio es aquella estipulación dentro de un negocio jurídico en la que se designa a un tercero, junto con las normas que deberá emplear, para determinar posteriormente algún elemento esencial o accidental del contrato, ya que las partes no lo han hecho²⁷⁰.

El arbitrio de un tercero se diferencia del arbitraje en que, mientras que el árbitro está llamado a resolver una litis²⁷¹, el arbitrador se limita a completar un específico punto del contrato o a determinar su objeto²⁷². El arbitrador es un mandatario (artículos

²⁶⁸ HERNANDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit., pág. 137; FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 142; JARROSSON, CH., *La notion d’arbitrage*, ob.cit., pág. 203.

²⁶⁹ DIFUNDO, A., “L’arbitraggio. La perizia contrattuale”, ob.cit., págs. 149 y ss. La principal confusión entre el arbitrio de un tercero y el arbitraje radica en la similitud terminológica que se da en los idiomas de raíz latina. La confusión viene del Derecho romano en el que se utilizaban los términos *arbitrator* y *arbitrator* para nombrar lo que en los derechos modernos, por ejemplo el francés, se ha unificado en el término “*arbitre*”. Por este motivo, la doctrina francesa ha propuesto cambiar la palabra “*arbitrage*”, por “*appréciation*” de un tercero, para evitar así confusiones. JARROSSON, CH., *La notion d’arbitrage*, ob.cit., págs. 159 y ss.; CLAY, T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges: panorama 2005 », ob.cit., pág. 3051; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 59.

²⁷⁰ ALPA, G., “Arbitrato e figure affini”, ob.cit. pág. 76.

²⁷¹ DUBARRY, J., LOQUIN, E., “Tribunaux de commerce et arbitrage: CA Paris, 25^e ch., 17 sept. 2004, JCP 2005 éd. E., n° 134, note Bonneau; Bull. Joly 2005.63, note Ronchevsky, SAS Pancrazi c/Consorts S. et autres”, ob.cit., págs. 261 y ss.; ROBERT, J., *L’arbitrage: droit interne, droit international privé*, ob.cit., pág. 7; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., págs. 19 y ss.; JARROSSON, CH., *La notion d’arbitrage*, ob.cit., pág. 163; SERAGLINI, CH., « Droit de l’arbitrage », en *La Semaine Juridique. Édition générale*, n°17/2005, pág. 779.

²⁷² TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, Edizioni Fag, Milano, 2000, pág. 32; D’ALESSANDRO, E., “Può esservi supplenza giudiziale nella nomina dell’arbitrato irrituale o libero?”, en <http://www.judicium.it/archivio/alessandro01.html>, [fecha de consulta 18 junio 2007], pág. 2.

1709 y siguientes CC)²⁷³, sin la exclusión de la competencia judicial ni el carácter de cosa juzgada del arbitraje (artículos 11.1 y 43 LA)²⁷⁴; aunque tienen en común que las partes acuden a un tercero que no es un juez²⁷⁵. Será eficaz en la medida en que ambas partes cumplan con su acuerdo, porque el elemento faltante ha sido determinado en su nombre, cosa que no ocurre en el arbitraje²⁷⁶.

El arbitrador está vinculado a las normas técnicas con las cuales debe resolver, brindando un auxilio a las partes, pero sin zanjar ninguna controversia jurídica²⁷⁷. No resuelve ningún conflicto de intereses en la misma forma en la que lo harían las partes, sino que es nombrado por ellas, ya que no pueden o no quieren determinar ellas mismas el elemento faltante²⁷⁸.

Por el hecho de ser un tercero el encargado de determinar un elemento del contrato, existen casos en los que puede confundirse la misión del arbitrador con la del árbitro, como sería, por ejemplo, el someter al juicio de un tercero-arbitrador la determinación, en nombre de las partes, del precio que debe ser pagado por un bien en una compraventa (artículo 1447 CC, *Foley v. Classique Coaches [1934]-UK*)²⁷⁹; o de

²⁷³ SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., pág. 251 y 269; GRECH, G., *Précis de l'arbitrage commercial. Traité pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales*, ob.cit., pág. 81.

²⁷⁴ DIFUNDO, A., "L'arbitraggio. La perizia contrattuale", ob.cit., pág. 167; DUBARRY, J., LOQUIN, E., "Tribunaux de commerce et arbitrage: CA Paris, 25^e ch., 17 sept. 2004, JCP 2005 éd. E., n° 134, note Bonneau; Bull. Joly 2005.63, note Ronchevsky, SAS Pancrazi c/Consorts S. et autres", en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n° 2/2005, pág. 261; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 171.

²⁷⁵ FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 59.

²⁷⁶ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 171; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 30; GOUIFFRES, L., « L'arbitrage international propose-t-il un modèle original de Justice ? », ob.cit., pág. 17.

²⁷⁷ SGALLA, A., "Arbitrato-Figure affini-Arbitraggio-Legittimità-Sussistenza", en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa, T. Galletano, Casa Editrice dott. A. Milani, Padova, 1994, pág. 78 y ss.; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 46; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., pág. 249 y ss.; MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, en http://www.judicium.it/news/ins_28_03_03/miccolis%20proc.%20soc.HTM#_ftn1 [fecha de consulta 2 marzo 2005], pág. 12; FESTI, F., "La clausola compromissoria", ob.cit., pág. 72; MIRABELLI, G., GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 9.

²⁷⁸ FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., págs. 65 y ss.; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., pág. 267; DIFUNDO, A., "L'arbitraggio. La perizia contrattuale", ob.cit., pág. 185.

²⁷⁹ WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 51; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por "justa causa" en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", ob.cit., pág. 302; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., "Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)", ob.cit. pág. 62.

cualquier otro elemento del contrato que era solamente determinable²⁸⁰, ya que las partes no han querido o no han podido fijarlo²⁸¹.

El artículo 1447 del Código Civil, refiriéndose a la naturaleza y la forma del contrato de compraventa, se considera un supuesto de arbitrio y dice:

Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato.

También se considera arbitrio, y no arbitraje, la designación de pérdidas y ganancias por un tercero en una sociedad (artículo 1690 CC), o cuando se pide a un tercero que establezca algún elemento con el fin de prevenir un conflicto o de zanjarlo (*Arenson v. Arenson [1977]-UK*). Como ejemplo de esto último podemos mencionar cuando el testador encomienda por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos (artículo 1057 CC)²⁸².

Aunque se confunden por su raíz filológica común, el arbitrio de un tercero, o como mejor se distingue, la integración de relaciones jurídicas por un tercero, es un mandato, con naturaleza solamente obligacional, en la que el tercero no sustituye el proceso judicial, sino que completa una relación jurídica²⁸³. En cambio, el arbitraje es un procedimiento con naturaleza contractual y eficacia jurisdiccional²⁸⁴, en la que se

²⁸⁰ WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 51. Esta posibilidad se encuentra regulada en los artículos 1591 y 1592 del Código Civil francés. Artículo 1591 Código Civil. *El precio de la venta deberá ser determinado y designado por las partes*. Artículo 1592 Código Civil. *Podrá sin embargo ser confiado al arbitrio de un tercero; si el tercero no quisiera o pudiera hacer la valoración, no habrá venta*.

²⁸¹ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 169; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 13.

²⁸² OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", ob.cit., pág. 24; GASPAREL, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., pág. 67; ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 6; WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 54; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit. pág. 3.

²⁸³ DIFUNDO, A., "L'arbitraggio. La perizia contrattuale", ob.cit., pág. 185; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., "Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)", ob.cit. pág. 66.

²⁸⁴ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 168 y ss.; MOTULSKY, H., *Écrits: Études et notes sur l'arbitrage*, ob.cit., pág. 21 y ss.; REGLERO CAMPOS, L., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988)*, ob.cit., pág. 146. En Derecho anglosajón, el elemento determinante para la distinción del arbitraje de las figuras afines es su carácter

soluciona un conflicto imponiendo una solución, no perfeccionando una relación jurídica²⁸⁵.

4. El peritaje como instrumento técnico de una decisión

Tampoco hay que confundir el arbitraje con el peritaje. Un perito es un especialista en determinada actividad que es requerido por una autoridad o por las partes para dar su opinión o hacer un dictamen con base a sus conocimientos técnicos, sobre una cuestión de hecho (nunca de Derecho)²⁸⁶.

El peritaje podrá ser judicial o contractual. En el primero, en cuanto requerido por un juez, tendrá carácter instrumental (no vinculante) y será utilizado como prueba al ser un entendedor reconocido en determinada materia (artículo 348 LEC); en cambio, en el segundo, será vinculante para quienes lo han designado²⁸⁷. El que nos interesa para diferenciarlo del arbitraje es el segundo, es decir, el peritaje que tenga su origen en un contrato entre las partes, como forma no definitiva, pero que sirve para resolver controversias.

vinculante para las partes. Tanto el arbitrio de un tercero (*valuation/appraisal*) como el peritaje (*expert determination/certification*), podrán ser considerados arbitraje cuando se haya decidido que la decisión será definitiva. En Derecho norteamericano la situación es aún más clara. En los Estados de Nueva York y California un arbitrio o un peritaje, desde el momento en que es considerado obligatorio para las partes, será un arbitraje y podrá incluso ejecutarse. TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 21; JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., pág. 152; KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, Tomo I, LGDJ, Paris, 1987, pág. 284.

²⁸⁵ MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, ob.cit., págs. 107 y ss.; CORDÓN MORENO, F., *Proceso Civil de Declaración*, ob.cit., pág. 127; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 54.

²⁸⁶ SCHIAFFINO, M., *El perito y la prueba*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1988, págs. 73 y ss.; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 87.

²⁸⁷ LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., págs. 27 y ss.; GÓNGORA OLIVER, A., “The role and use of experts in international commercial arbitration. A comparative analysis in the light of common law and civil law traditions”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XVI/2004, pág. 780; ALPA, G., “Arbitrato e figure affini”, ob.cit. pág. 76; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 81; MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, ob.cit., pág. 109-110; REGLERO CAMPOS, L., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988)*, ob.cit., págs. 146 y ss.; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 15; ROBERT, J., *Arbitrage civil et commercial : droit interne et droit international privé*, ob.cit., págs. 16 y ss.; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 14; SCHIAFFINO, M., *El perito y la prueba*, ob.cit., págs. 78 y 119.

Habrá peritaje cuando un tercero ha sido encargado de formular, tras una investigación, los derechos y las obligaciones de las partes, dentro de una relación de Derecho ya concluida pero en la que existe un desacuerdo. Pero esta circunstancia de desacuerdo no es esencial, sino que habrá un peritaje siempre que las partes, al no estimarse capaces de determinar ellas mismas dicho elemento conflictivo por carecer de los conocimientos específicos requeridos, soliciten a un tercero técnico su opinión sobre ese punto concreto²⁸⁸.

Se considera peritaje, por ejemplo, el artículo 327 CCom que regula la participación de peritos para determinar si una compraventa est  o no consumada, al requerir de sus conocimientos técnicos para determinar la calidad de una muestra²⁸⁹.

El artículo 327 del Código de Comercio dice expresamente:

Si la venta se hiciere sobre muestras o determinando calidad conocida en el comercio, el comprador no podrá rehusar el recibo de los géneros contratados, si fueren conformes a las muestras o a la calidad prefijada en el contrato.

En el caso de que el comprador se negare a recibirlos, se nombrarán peritos por ambas partes, que decidirán si los géneros son o no de recibo.

Si los peritos declarasen ser de recibo, se estimar  consumada la venta, y en el caso contrario, se rescindir  el contrato, sin perjuicio de la indemnización a que tenga derecho el comprador.

También podemos citar como ejemplo de peritaje, en materia de seguros, cuando se solicita a un perito que determine el importe de la indemnización que corresponda, en caso de no lograrse el acuerdo dentro del plazo previsto en el artículo 18 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro). En este procedimiento, cada parte designa a un perito y si los peritos de ambas partes llegan a un acuerdo se emite un Acta conjunta en la que lo hacen constar; pero de no ser así se

²⁸⁸ TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 15.

²⁸⁹ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", ob.cit., pág. 25.

deberá nombrar a un tercer perito para que juntos dicten un dictamen vinculante. Este procedimiento también se aplica para la comprobación de valores (las rentas, productos, bienes y demás elementos determinantes de la relación tributaria), y se encuentra regulado en el artículo 57.2 de la Ley Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre²⁹⁰.

En realidad, lo que el perito determine será vinculante para las partes que lo han designado, ya que recurren a él por confiar en sus conocimientos científicos en un determinado sector de la experiencia humana, con el fin de obtener un dictamen mediante la aplicación de reglas técnicas y no por “su mero arbitrio” ni dejando espacio a la discrecionalidad. Su dictamen tendrá por tanto carácter únicamente negocial²⁹¹.

El perito deberá cumplir su misión en conciencia, con objetividad e imparcialidad (artículo 335 LEC), semejante esto con la función arbitral. Pero en realidad es un mandatario²⁹², sin que pueda traspasar los límites del mandato (artículo 1714 CC) y sin que pueda hacer nunca apreciaciones de orden jurídico²⁹³.

²⁹⁰ GARCÍA NOVOA, C., Ponencia: “Las fórmulas arbitrales en materia fiscal”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 4 julio 2008.

²⁹¹ DIFUNDO, A., “L’arbitraggio. La perizia contrattuale”, ob.cit., págs. 210 y ss.; BERNINI, G., *L’arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, Editrice CLUEB, Bologna, 1993, pág. 117; SCHIZZEROTTO, G., *Dell’arbitrato*, ob.cit., págs. 278 y ss.; SICARD, J., *Manuel de l’expertise et de l’arbitrage*, ob.cit., págs. 5 y ss., 112 y ss.; ROBERT, J., *L’arbitrage: droit interne, droit international privé*, ob.cit., pág. 10; JARROSSON, CH., *La notion d’arbitrage*, ob.cit., pág. 112; MOTULSKY, H., *Écrits: Études et notes sur l’arbitrage*, ob.cit., pág. 22; BOISSESON, M., *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 182; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., pág. 14; FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 80.

²⁹² WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., págs. 56 y ss. Existen otras posturas que defienden que admitir que el perito es un mandatario de las partes que lo designan es absurdo y significaría el desconocimiento radical de su función y su naturaleza. “No es posible admitir que el experto sea un representante de las partes, ni que aquel y éstas estén ligados por una relación de naturaleza contractual, porque en este caso estaríamos convirtiendo al técnico-científico en una figura parcial que tendría que fallar a favor de su contratante, siendo que en realidad el especialista está a favor del proceso”. SCHIAFFINO, M., *El perito y la prueba*, ob.cit., págs. 116 y ss. y 197.

²⁹³ DIFUNDO, A., “L’arbitraggio. La perizia contrattuale”, ob.cit., pág. 213, cita una sentencia de la Corte de Casación italiana del 6 de junio de 1975, nº 2273, en la que se diferencia el arbitraje ritual, el informal y el peritaje. En lo que a nosotros nos interesa, y por considerar que no existe confusión real con el arbitraje en sentido estricto, esta sentencia sostiene que el arbitraje informal se da cuando se le encomienda a un tercero o terceros, a través normalmente de un mandato colectivo, para que solucionen en vía negocial los conflictos que han surgido entre las partes con el fin de determinar relaciones jurídicas, mediante un arreglo amistoso, ya sea conciliativo o transaccional, pero que se expresa como voluntad de los mandantes y por tanto con valor contractual. En cambio, se estará frente a un peritaje cuando las partes sometan a un tercero o terceros, escogidos por su particular competencia técnica, no la resolución de un conflicto jurídico, sino la evaluación o apreciación técnica, a la cual se han comprometido previamente de aceptar como expresión directa de su voluntad. CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., pág. 14; LANDRAU, M., *L’arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., pág. 26; BOISSESON, M., *Le droit français de l’arbitrage interne et international*,

Otro ejemplo de peritaje común en el comercio es la solicitud de un dictamen con base al cual las partes acuerdan que un contrato deba ser cumplido de modo satisfactorio conforme a los criterios de un tercero (perito), el cual deberá extender un certificado haciéndolo constar²⁹⁴.

Un ejemplo de esto es el artículo 1598 del Código Civil, que dice:

Cuando se conviene que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida.

Pero un peritaje no tendrá ni el carácter jurisdiccional ni el carácter de cosa juzgada que sí tiene el laudo, diferenciándose también del arbitraje en que el árbitro resuelve una controversia actual, mientras que el perito se encarga precisamente de su prevención²⁹⁵.

Por último, en concreto en materia societaria, podemos citar el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que regula el informe pericial que debe rendir un experto independiente cuando se realicen aportaciones no dinerarias al capital social con el fin de evitar una sobrevaloración de las mismas.

El artículo 38.1 LSA expresamente dice:

1. Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil conforme al procedimiento que reglamentariamente se disponga.

ob.cit., pág. 185; JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., págs. 123 y ss.; SICARD, J., *Manuel de l'expertise et de l'arbitrage*, ob.cit., págs. 115.

²⁹⁴ KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, ob.cit., pág. 267.

²⁹⁵ KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, ob.cit., págs. 267 y ss.; MARSHALL, E., *Gill: The Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 4; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., pág. 45; GÓNGORA OLIVER, A., "The role and use of experts in international commercial arbitration. A comparative analysis in the light of common law and civil law traditions", ob.cit., pág. 784.

En este contexto, el experto independiente será el perito, escogido por sus conocimientos técnicos y con un reconocido prestigio y autonomía. El informe que él rinda facilitará el acercamiento de las posturas negociales de los socios, aunque existirá un margen para la negociación, de manera que lo que determine el perito no será un valor absoluto e incuestionable, sino que constituirá un criterio orientativo en donde además habrá que tener en cuenta las circunstancias particulares del objeto de aportación. Y de acuerdo con el artículo 133.2 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM), puede haber diferencias entre el valor atribuido por el experto y el que al bien se le atribuye en la escritura, mientras que esta diferencia no supere el veinte por ciento²⁹⁶.

5. La conciliación y la mediación como métodos autocompositivos de solución de controversias

La conciliación y la mediación son métodos autocompositivos de solución de controversias jurídicas. No se consideran un problema real para distinguir si estamos o no frente a un arbitraje, pero en este apartado merecen una referencia obligada por ser de los medios alternativos a la jurisdicción que más se utilizan para resolver los conflictos societarios.

Tanto la conciliación como la mediación facilitan el diálogo para encontrar una solución, en lugar de provocar enfrentamientos y la ruptura total de las relaciones entre los socios o entre éstos y la sociedad, como generalmente ocurre cuando surge un litigio judicial²⁹⁷.

²⁹⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, E., *Las aportaciones patrimoniales a la Sociedad Anónima*, Editorial CISS, S.A., Valencia, 1999, págs. 104 y ss.

²⁹⁷ ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, ob.cit., pág. 63; GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: Diagnóstico de la situación general”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinar*, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pág. 27; CHIARLIONI, S., “I meccanismi conciliativi”, ob.cit., págs. 6 y ss. Hay quien sostiene que en la conciliación no se busca una solución justa, sino que se busca una solución “oportuna”, que satisfaga los intereses de las partes en conflicto, por lo que no la considera como uno de los “Medios Alternativos a la Resolución de Conflictos”, reconociendo como tales únicamente a los sistemas heterónomos de resolución de conflictos en los que es un tercero neutral quien se encarga de dirimir la cuestión y alcanzar un resultado justo, a través de un proceso con todas las garantías procesales. LUISO, F., “La conciliazione: i possibili sviluppi tratti dall’esperienza”, ob.cit., págs. 2 y ss.

En la conciliación, un tercero neutral, sin ningún poder decisorio, se encarga de acercar a las partes, ya sea directamente o través de sus representantes, con el fin de que ellas mismas se pongan de acuerdo en la solución de sus diferencias. El tercero puede explorar los intereses de las partes, ayudándoles a comprenderlos mejor, poniendo atención únicamente al problema y no a las personas. Son únicamente las partes quienes tienen el control del conflicto, del procedimiento y del resultado, el cual se alcanzará y ejecutará solamente si ellas así lo quieren. En la conciliación se busca eludir el proceso, mientras que el arbitraje sustituye el proceso y, por otra parte, la conciliación puede estar impuesta por Ley, al contrario del arbitraje que siempre es voluntario²⁹⁸.

Por otro lado, la mediación se presenta como una variante de la conciliación en la que el tercero tiene una función más activa, aunque su decisión tampoco será vinculante. El mediador es el profesional que coopera con las partes de un conflicto y, a través de sus conocimientos y técnicas propias, les ayuda para que intenten llegar, ellos mismos y de forma voluntaria, a un acuerdo que resuelva su controversia²⁹⁹.

Actualmente la mediación constituye la fórmula de ADR no vinculante con más desarrollo y proyección a nivel nacional e internacional, debido a que puede llegar a satisfacer mejor los intereses y las necesidades de las partes en conflicto, además de ser el instrumento óptimo para resolver las disputas en los ámbitos familiar, laboral, los derechos de los consumidores, medio ambiente, entre otros. Este gran desarrollo se debe principalmente a que la mediación favorece el respeto a la confidencialidad y a la privacidad, tiene un carácter informal y flexible, a través de ella se ahorra tiempo, dinero y energías, devolviendo a las partes la capacidad de gestionar sus problemas y de

²⁹⁸ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 80; BRUNELLI, C., "Arbitrato e conciliazione: le novità di interesse notarile nella riforma societaria", en <http://www.federnotizie.org/2004/luglio/brunelli.htm> [fecha de consulta 8 agosto 2006], pág. 4; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., "Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)", ob.cit. pág. 69; GARCÍA LAGARES, J., "Arbitraje, seguridad jurídica y empresa", ob.cit.; VELARDE ARAMAYO, M., SASTRE IBARRECHE, R., "Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los "ADR", ob.cit., pág. 25; MERINO MERCHÁN, J., *El "equivalente jurisdiccional" en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 34; BARONA VILAR, S., "Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, R.F.A e Italia", ob.cit., pág. 63; MULLERAT, R., "La justicia alternativa ("Alternative Dispute Resolution") en los Estados Unidos de Norteamérica", ob.cit., pág. 57.

²⁹⁹ CASSANO, G., "Altre forme di Alternative Dispute Resolution: ADR", en *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, dir. G. Iudica, IPSOA Editore S.R.L., Milano, 2003, pág. 237; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág.18; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 156 y ss.; BARONA VILAR, S., "Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, RFA e Italia", ob.cit., pág. 62; PRATS ALBENTOSA, L., "La nueva regulación europea de la mediación", en <http://www.diariolaley.es>, 2 de junio de 2008, [fecha de consulta 4 de junio 2008], pág. 2.

continuar con la relación que se había convertido en conflictiva; o dándole la posibilidad de concluirla sin que haya un vencedor y un vencido, facilitando el cumplimiento de los acuerdos mutuamente aceptados³⁰⁰.

En este sentido, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Directiva 2008/52/CE), considera la mediación como una solución extrajudicial económica y rápida de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes; que facilitan que los acuerdos así alcanzados se cumplan voluntariamente y se preserve una relación amistosa y viable entre las partes. Para esto se fomenta, a través de esta nueva Directiva, que los Estados miembros aseguren que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva (artículo 6.2 Directiva 2008/52/CE).

Como una especial forma de mediación, que se ha puesto en práctica principalmente en Estados Unidos de Norteamérica, está el *mini-trial* o mini-juicio. Se utiliza sobre todo para resolver conflictos entre consumidores, en materia de familia o laboral y, principalmente, para la solución de conflictos complejos entre grandes empresas, como por ejemplo, entre sociedades filiales de un mismo grupo o con respecto a la matriz³⁰¹.

³⁰⁰ Sin hacer distinción de la materia del conflicto, un reciente estudio muestra cómo entre el año 2001 y el año 2005 el número de mediaciones en España aumentó en un 500%, pasando de 198 mediaciones en el 2001 a 995 en el 2005; mientras que el número de arbitrajes se mantuvo prácticamente igual: 450 y 447 respectivamente. ROCA AYMAR, J., “España ¿nuevo y atractivo destino de arbitrajes internacionales?”, en *Boletín ARYME*, http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=53, Marzo 2008, [fecha de consulta 13 marzo 2008], pág. 4; MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, ob.cit., págs. 56 y ss.; PALAU LOVERDOS, J., “Alternativas a la resolución judicial de los conflictos existentes en el ámbito de las organizaciones”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 261 y ss.

³⁰¹ JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., pág. 190; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 15; CASTANEDO ABEY, A., “Mediación y conflicto comercial. El ABC para el abogado y el empresario de hoy”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinar*, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pág. 88; VELARDE ARAMAYO, M., SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los “ADR”, ob.cit., pág. 18; MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, ob.cit., pág. 58.

El *mini-trial* es un procedimiento privado y consensual, donde se pretende resolver un conflicto a través de un juicio simulado, en el que un tercero neutral intenta en primer lugar una conciliación, que en caso de no funcionar, otorgará un parecer no vinculante sobre el posible éxito de un juicio verdadero³⁰².

Es un proceso ficticio o también llamado proceso *in vitro*, cuyo punto de partida es un acuerdo entre las partes en conflicto, seguido de una fase “procesal” y por último de otra fase en la que las partes intentan llegar a una transacción³⁰³. Es una forma de resolver una controversia a través de una mezcla de aspectos negociales de la conciliación, como que el resultado nunca es vinculante para las partes, con aspectos formales-contenciosos típicos del proceso civil y del arbitraje, tales como que es un tercero imparcial quien dirige el proceso³⁰⁴.

La finalidad de este procedimiento es llegar a un arreglo de forma fácil, a través del acuerdo entre un tercero independiente (*neutral advisor*) y los asesores de cada una de las partes, para que resuelvan, a un alto nivel, un litigio que les concierne pero que no les afecta de forma cotidiana, fomentando que las buenas relaciones continúen entre quienes se encuentran en posiciones encontradas y se pueda seguir adelante con el negocio común³⁰⁵.

En primer lugar, durante la fase “procesal”, el mediador independiente o consejero neutral es el encargado de encontrar, tras la presentación de los abogados de las pretensiones de cada una de las partes, una solución de hecho o de derecho aceptable por ellas; pero son los representantes mismos los que deben tomar la decisión, siendo necesario que cuenten con los poderes necesarios para poder comprometer a su representada.

³⁰² BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 88; BARONA VILAR, S., “Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, R.F.A e Italia”, ob.cit., pág. 66.

³⁰³ NISATI, M., “Lineamenti dell’arbitrato”, ob.cit., pág. 249; BOISSESON, M., *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 197. De acuerdo con las estadísticas, los *mini-trials* alcanzan su objetivo de transacción en el 90% de los casos. MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, ob.cit., pág. 58.

³⁰⁴ NISATI, M., “Lineamenti dell’arbitrato”, ob.cit., pág. 249; PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica”, ob.cit., pág. 109.

³⁰⁵ JARROSSON, CH., *La notion d’arbitrage*, ob.cit., pág. 190; AA.VV., « Técnicas ADR », en <http://www.iccad.org>, Cámara de Comercio Internacional, [fecha de consulta 20 de octubre de 2008].

En una segunda etapa, si los representantes de las partes no han logrado llegar a una transacción, se le solicitará la opinión al tercero neutral, y los representantes, con base en ella, intentarán alcanzar otra vez un acuerdo, que tendrá la fuerza y el valor de un contrato³⁰⁶.

En el proceso simulado, los consejeros de las partes en conflicto se enfrentan entre ellos intentando llegar a un acuerdo transaccional, sin defender su postura ante una autoridad que tome una decisión vinculante para ambos, mientras que en el arbitraje cada parte defiende su postura delante de un árbitro investido del poder de zanjar el conflicto.

6. Algunas formas peculiares para la resolución de conflictos en el Derecho comparado

En el Derecho comparado también se hace hincapié en otras figuras afines al arbitraje que pueden llevar a confusión. Son modalidades de alguno de los institutos ya estudiados, que podríamos catalogar aquí como formas particulares de la transacción, el arbitrio de un tercero y/o el peritaje.

Por ser los más representativos, así como por la importancia que tienen en sus respectivos países en el estudio de la institución arbitral, hablaremos de las principales características del perito-árbitro alemán, del arbitraje *irrituale* y del “arbitraje” económico italianos, así como de la firma de documento en blanco; los cuales tienen entre ellos muchas similitudes, pero se separan para su estudio por las particularidades que cada ordenamiento les ha otorgado.

³⁰⁶ TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., págs. 3 y ss; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit. pág. 2; JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., págs. 187 y ss.; BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 197 y ss.; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 15 y ss.; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 156 y 167; GENTON, M., VERMEILLE, F., « Soft and Hard Dispute Resolution. Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 2/1998, págs. 131 y ss.; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 18.

6.1 El perito-árbitro o *Schiedsgutachten*

En Derecho alemán, además de las figuras afines al arbitraje que ya se han estudiado, existe la figura propia del perito-árbitro o arbitraje pericial (*Schiedsgutachten*).

Es una especie de arbitrio de un tercero que se opone al arbitraje jurisdiccional (*Schiedsgerichtsbarkeit*) y constituye un instituto intermedio entre el Derecho material y el Derecho procesal³⁰⁷. El árbitro debe dirimir un litigio entre las partes, mientras que el perito-árbitro, también llamado por la doctrina alemana arbitrador, debe completar un negocio³⁰⁸.

Se regula principalmente en el artículo 317 del Código Civil alemán (BGB), partiendo de que la determinación de una prestación ha sido confiada a uno o varios terceros.

El artículo 317 del *Bürgerliches Gesetzbuch* regula la determinación de una prestación por un tercero y dice:

- 1) *Cuando la determinación de una prestación ha sido dejada a cargo de un tercero, en caso de duda se entenderá que la determinación será hecha de acuerdo a una razonable discrecionalidad del tercero.*
- 2) *Si la determinación debe hacerse por más de un tercero, en caso de duda será necesario el acuerdo de todos ellos; si hay que determinar una suma de dinero y han sido especificadas varias, en caso de duda se hará un promedio de todas ellas.*

Al igual que el arbitraje, se fundamenta en un acuerdo entre las partes en disputa, las cuales otorgan al tercero la facultad de eliminar una situación conflictiva;

³⁰⁷ HABSCHEID, W., *Das Schiedsgutachten. Ein Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1956, págs. 789 y ss.

³⁰⁸ HABSCHEID, W., *Das Schiedsgutachten. Ein Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht*, ob.cit., pág. 793.

pero esta decisión será vinculante únicamente para ellas y para el juez que eventualmente sea llamado a conocer de un litigio posterior que tenga como causa dicha controversia³⁰⁹.

Como su nombre lo indica, es un híbrido entre el peritaje y el arbitraje, con funciones que pertenecen tanto a estos dos institutos como a la integración de una relación jurídica por un tercero³¹⁰.

Las funciones que realizará el perito-árbitro se pueden clasificar en tres. En primer lugar, la función pericial, por la que se podrá encargarse de la constatación de cualquier elemento de una relación jurídica. En segundo lugar, la declaración de un derecho, por lo que podrá determinar el contenido de un contrato, es decir, la relación jurídica ya existe pero las partes no están de acuerdo sobre alguno de los derechos u obligaciones que de ella se derivan. Y por último, también podrá encargarse de completar un negocio jurídico, como por ejemplo, determinar el precio en una venta de acciones³¹¹.

Ejemplos de estas tres funciones del arbitraje pericial son en primer lugar, cuando las partes de un contrato de compraventa acuden a un tercero para determinar el precio que ha de ser pagado; en segundo lugar, para valorar una participación como aportación al capital de una sociedad; y por último, cuando se acude a resolver un conflicto en el que es indispensable el conocimiento técnico de la materia en discusión, como podría ser la valoración de daños y perjuicios causados en un contrato de seguros, entre otros³¹².

³⁰⁹ JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., pág. 133; BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 133; KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, ob.cit., pág. 241; HABSCHEID, W., *Das Schiedsgutachten. Ein Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht*, ob.cit., págs. 793 y ss.

³¹⁰ SICARD, J., *Manuel de l'expertise et de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 133.

³¹¹ KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, ob.cit., pág. 242; HABSCHEID, W., *Das Schiedsgutachten. Ein Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht*, ob.cit., pág. 791.

³¹² HABSCHEID, W., *Das Schiedsgutachten. Ein Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht*, ob.cit., págs. 789 y ss.

6.2 El arbitraje informal o *irrituale*

En Italia, como peculiaridad frente a los demás ordenamientos, el Derecho contempla el arbitraje *irrituale* o informal³¹³. El arbitraje *irrituale* es aquél que resuelve un conflicto de forma íntegramente privada, es decir, como hubieran hecho las partes de forma autónoma, aunque con la colaboración de un tercero (árbitro), cuya decisión tendrá para ellas únicamente valor negocial³¹⁴.

Es una figura ampliamente utilizada en la práctica jurídica, especialmente a partir del año 1904, en el que la Corte de Casación de Turín lo reconoció como instituto independiente del arbitraje ritual. Es un instrumento residual con respecto al arbitraje en sentido estricto, y se regula conforme al Código Civil (en adelante C.c.) y al artículo 808-ter del Código Procesal Civil (C.p.c.)³¹⁵.

El artículo 808-ter C.p.c. regula expresamente este instituto y dice así:

Las partes pueden, a través de una disposición expresa por escrito, establecer que, derogando lo dispuesto por el artículo 824-bis, la controversia sea resuelta por árbitros

³¹³ En España, con anterioridad a las leyes de 1953 y 1988 de arbitraje, a través de la jurisprudencia y la aplicación de los antiguos artículos 1820 y 1821 CC y las disposiciones sobre arbitraje de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se había venido admitiendo “la eficacia obligacional del arbitraje impropio o irritual no subsumible en los preceptos del Código Civil con su remisión a la Ley procesal, ya que la autonomía de la voluntad de las partes podía vincularlas en cualquier modo hacia una solución o composición del conflicto y lo que no valiera como arbitraje podía valer como una suerte de transacción *per relationem*, o, más en general, por su propia y directa fuerza vinculante como contrato. Sin embargo, la regulación específica del arbitraje en las leyes citadas trajo como consecuencia que la jurisprudencia fuera contraria a toda clase de eficacia en ese arbitraje informal o irritual en cuanto no subsumible en el régimen legal por no acomodarse a sus prescripciones”. HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 83.

³¹⁴ ALPA, G., “Compromesso è clausola compromissoria”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa; T. Gaetano, Casa Editrice dott. A. Milani, Padova, 1994, pág. 101; COLANGELI, D., “Clausola compromissoria: natura e questioni problematiche”, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browse1_it_3693_resource_orig.doc, [fecha de consulta 28 febrero 2007], pág. 1. Con la reforma del Código Procesal Civil italiano, aprobada por el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2006, n° 40, las connotaciones del “arbitraje irritual” y “arbitraje libre” pasan a no ser iguales. Actualmente el arbitraje informal también se encuentra regulado en dicho cuerpo normativo, conservando únicamente el nombre para diferenciarlo del arbitraje en sentido estricto, pero sin las connotaciones que antes se le atribuían de su falta de regulación procesal. SASSANI, B., “L’arbitrato a modalità irrituale”, en <http://www.judicium.it>, 14 marzo 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008], págs. 2 y ss.; BOVE, M., “L’arbitrato irrituale dopo la riforma”, en <http://www.judicium.it>, 22 de enero 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008], pág. 2.

³¹⁵ BOVE, M., “L’arbitrato irrituale dopo la riforma”, ob.cit., págs. 1 y ss.; STESURI, A., *Gli arbitrati societari*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pág. 17; BOVE, M., “Ancora sull’arbitrato irrituale”, en <http://www.judicium.it>, 9 de febrero de 2009, [fecha de consulta 31 de marzo de 2009], págs. 1 y ss.

mediante una determinación contractual. De no ser así se aplicarán las disposiciones del presente título.

El laudo contractual podrá ser anulado por el juez competente según las disposiciones del libro I:

1. Si el convenio arbitral es inválido, o los árbitros se han pronunciado sobre cuestiones que sobrepasan sus límites y la respectiva excepción se ha planteado en el procedimiento arbitral;

2. Si los árbitros no han sido nombrados de acuerdo a la forma y al modo establecidos en el convenio arbitral;

3. Si el laudo ha sido dictado por quien no podía ser nombrado árbitro de acuerdo con el artículo 812;

4. Si los árbitros no se han sometido a las reglas impuestas por las partes como condición de validez del laudo;

5. Si no se ha observado en el procedimiento arbitral el principio de contradictorio. Al laudo contractual no se aplica el artículo 825.

De este artículo se desprende que en Italia existen dos arbitrajes distintos en su estructura, disciplina y también en su naturaleza³¹⁶.

Tanto el arbitraje ritual, esto es, propiamente dicho, como el informal, tienen elementos comunes: en ambos los árbitros podrán actuar conforme a Derecho o como amigables compondores; asimismo están llamados a resolver la controversia a través de un pacto compromisorio que los faculta para decidir con efectos inmediatos dentro de la esfera jurídica de las partes, con las garantías de imparcialidad, contradicción o la obligación de motivación del laudo³¹⁷.

³¹⁶ BOVE, M., “L’arbitrato irrituale dopo la riforma”, ob.cit., pág. 3.

³¹⁷ BARRECA, L., “Arbitrato e compromesso. Clausola compromissoria. Arbitrato rituale. Esclusione socio. Comprometibilità della questione”, ob.cit.; D’ALESSANDRO, E., “Può esservi supplenza

El arbitraje informal se considera un mandato a un tercero para transigir, en caso de una controversia determinada o por lo menos determinable en el momento de acordarlo. Es un acuerdo contractual entre las partes de un conflicto presente o futuro, que a través de un convenio arbitral escrito (requisito *ad probationem*) deciden someterlo a la decisión de un sujeto privado, comprometiéndose a ser consecuentes con lo que éste determine, pero sin los efectos jurisdiccionales que sí caracterizan al laudo en el arbitraje ritual³¹⁸.

El arbitraje ritual tiene naturaleza jurisdiccional³¹⁹, mientras que el *irrituale* tiene naturaleza contractual³²⁰. Cuando las partes solicitan al árbitro una actividad jurisdiccional y que se rija por los artículos 806 y siguientes C.p.c., se estará ante un arbitraje ritual con todas las características propias del proceso arbitral general, asegurando una mejor tutela de los derechos de las partes³²¹.

En cambio, cuando las partes buscan resolver la controversia mediante una decisión con la naturaleza y los efectos de un contrato, se estará frente a un arbitraje

giudiziale nella nomina dell'arbitrato irrituale o libero?", ob.cit., pág. 6; BENATTI, F., y otros, "L'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale", en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, Tomo I, UTET, Torino, 1999, pág. 247; ROVELLI, L., "La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento", ob.cit., pág. 124; BOVE, M., "L'arbitrato irrituale dopo la riforma", ob.cit., pág. 14.

³¹⁸ BOVE, M., "L'arbitrato irrituale dopo la riforma", ob.cit., pág. 7; ROVELLI, L., "L'arbitrato delle società", en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, dir. G. Alpa, Tomo II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, pág. 894; ALLOTI, V., "Clausola arbitrale statutaria", ob.cit., pág. 381; ROVELLI, L., "La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento", ob.cit., pág. 117; DIFUNDO, A., "L'arbitraggio. La perizia contrattuale", ob.cit., pág. 213; PASTORELLI, R., "La natura dell'arbitrato. Rituale e irrituale", en *Newsletter*, n° 3/4/2007, Curia Mercatorum (<http://www.curiamercatorum.com>), pág. 2; Sentencias de la Corte de Casación italiana de 29 de noviembre de 1986, n° 7087 y de 27 de enero de 1993, n° 1021; SASSANI, B., "L'arbitrato a modalità irrituale", ob.cit., págs. 1 y ss. El convenio arbitral deberá ser expresado de forma escrita como requisito indispensable cuando se opta por el arbitraje *irrituale*, ya que no debe generar dudas la renuncia tanto al proceso judicial como al arbitral regulado, por lo que si no se desprende del mismo de forma clara dicha renuncia se estará a lo regulado para el arbitraje en sentido estricto.

³¹⁹ BENATTI, F., y otros, "L'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale", ob.cit., pág. 239; Sentencia del Tribunal de Messina de 5 de octubre de 1982.

³²⁰ BERNINI, G., *L'arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, ob.cit., pág. 49.

³²¹ ALPA, G., "Compromesso è clausola compromissoria", ob.cit., pág. 148; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 33 y ss.; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 47 y ss.; ALLOTI, V., "Clausola arbitrale statutaria", ob.cit., pág. 381; MARENGO, R., "Art. 806 c.p.c. (Compromesso)" ob.cit., pág. 8. Existen posiciones encontradas en la doctrina italiana en cuanto a la posibilidad o no de acudir al arbitraje irritual para dirimir conflictos societarios. En este punto la parte de la doctrina que defiende esta posibilidad sostiene que es posible siempre que no se violen las normas imperativas del D. Leg. 5/2003, ni cuando el conflicto verse sobre la impugnación de un acuerdo social. SASSANI, B., "L'arbitrato a modalità irrituale", ob.cit., pág. 8; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., "L'arbitrato societario", ob.cit., págs. 10 y ss.

informal o *irrituale*³²². Tiene su fundamento en la autonomía contractual de las partes, las cuales han otorgando al árbitro un mandato para que dirima la controversia, pero cuya resolución será como si fuese expresión de su voluntad³²³, y por tanto de carácter negocial, sin ser posible revisarla ante un juez, salvo en los casos que enumera de forma taxativa el artículo 808-ter C.p.c.³²⁴, teniendo que optar por el incumplimiento contractual (artículo 1453 C.c.)³²⁵.

Podrá realizarse este tipo de arbitraje cuando sea posible transigir y no se le aplicarán los artículos 806 y siguientes del C.p.c., ya que está sujeto únicamente al artículo 808-ter del C.p.c. y a las normas generales de la contratación (artículo 1322 C.c.)³²⁶. El laudo que se dicte en este proceso no será equiparable a una sentencia, a diferencia del laudo en un arbitraje ritual que con el exequátur del juez es directamente ejecutivo (artículo 825 C.p.c.)³²⁷.

El arbitraje informal tiene dos efectos jurídicos importantes. En primer lugar tendrá un efecto negativo, el cual consiste en una renuncia temporal o suspensión del poder de accionar de las partes ante la jurisdicción y la consiguiente obligación del juez de declararse incompetente para conocer del conflicto respecto a un acuerdo en el que

³²² Corte di Appello di Brescia, Sezione prima civile, Sentenza del giorno 6 novembre 2002, en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cbs-06-11-02.htm>, [fecha de consulta 26 febrero 2007]; BENATTI, F., y otros, “L’arbitrato rituale e l’arbitrato irrituale”, ob.cit., pág. 239.

³²³ BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 49 y ss.

³²⁴ BERNINI, G., *L’arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, ob.cit., pág. 50 y ss; NOBILI, R., *L’arbitrato delle associazioni commerciali*, dir. M. Rotondi, Nuova Serie, Volumen III, Studi di Diritto Privato italiano e straniero, CEDAM Casa Editrice dott. Antonio Milani, Padova, 1957, págs. 105 y ss.; Tasca, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 39; Bianchi, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 47 y ss; Ghirga, M., “Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 28/02/2004, [fecha de consulta 29 junio 2006], pág. 7; SASSANI, B., “L’arbitrato a modalità irrituale”, ob.cit., pág. 2; BOVE, M., “Ancora sull’arbitrato irrituale”, ob.cit., pág. 6.

³²⁵ Artículo 1453 Código Civil italiano: (*Resolución del contrato por incumplimiento*). *En los contratos con prestaciones interdependientes, cuando uno de los contratantes no cumple con su obligación, el otro puede a su elección solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, quedando a salvo, en todo caso, el resarcimiento del daño. La resolución puede ser solicitada incluso cuando el juicio haya estado promovido para obtener el cumplimiento; pero no puede solicitarse el cumplimiento cuando haya sido pedida la resolución. Desde la fecha de la demanda de resolución el que no ha cumplido no puede en adelante cumplir la propia obligación.*

³²⁶ NOBILI, R., *L’arbitrato delle associazioni commerciali*, ob.cit., pág. 136; SCHIZZEROTTO, G., *Dell’arbitrato*, ob.cit., págs. 255 y 260; GALLETO, T., “Il biancosegno”, ob.cit., pág. 224; ROVELLI, L., “La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento”, ob.cit., págs. 130 y ss.

³²⁷ BENATTI, F., y otros, “L’arbitrato rituale e l’arbitrato irrituale”, ob.cit., pág. 240; PASTORELLI, R., “La natura dell’arbitrato. Rituale e irrituale”, ob.cit., págs. 2 y ss.

exista un convenio arbitral irritual³²⁸. Y en segundo lugar está el efecto positivo, que busca asegurar la eficacia negocial del laudo que se dicte entre ellos, que a su vez constituye un límite a la materia arbitrable y a los efectos del laudo, ya que vinculará únicamente a las partes, como consecuencia de su previa aceptación, sin que puedan conferir a los árbitros poderes mayores que los que ellas mismas poseen³²⁹.

La diferencia entre un proceso jurisdiccional, un arbitraje ritual y uno informal se puede resumir en la interpretación que hace CARNELUTTI: el juez juzga, decide y ordena; el árbitro ritual juzga y decide; mientras que el árbitro informal únicamente juzga, ya que la decisión que él tome está sujeta a la manifestación previa de la voluntad de las partes de aceptarla como propia³³⁰.

Por último, el arbitraje *irrituale* se puede resolver, tal y como decíamos, en Derecho o en equidad. Pero aún en caso de optar por la equidad no podrán transgredirse las normas imperativas del Derecho, ni podrá modificarse la voluntad contractual de las partes³³¹.

6.3 El “arbitraje” económico o arbitraje de gestión

Como otra particularidad del Derecho italiano está también el artículo 37 D. Leg. 5/2003 que regula el “arbitraje” económico³³². Su finalidad es evitar las situaciones de paralización del órgano de administración que, en casos extremos, pueden llevar a la disolución de la sociedad³³³. Es importante señalar que debe realizarse una

³²⁸ SASSANI, B., “L’arbitrato a modalità irrituale”, ob.cit., pág. 5.

³²⁹ GALLETO, T., “Il biancosegno”, ob.cit., pág. 224; ROVELLI, L., “La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento”, ob.cit., págs. 130 y ss.; BENATTI, F., y otros, “L’arbitrato rituale e l’arbitrato irrituale”, ob.cit., pág. 239; BOVE, M., “L’arbitrato irrituale dopo la riforma”, ob.cit., pág. 11.

³³⁰ ROVELLI, L., “La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento”, ob.cit., pág. 134.

³³¹ BERNINI, G., *L’arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, ob.cit., págs. 59, 133 y ss.; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 36.

³³² GUIDOTTI, R., “L’arbitraggio gestionale nella società di persone e nella società a responsabilità limitata”, en http://www.judicium.org/news/ins_14_10_04/guidottiProcSoc.html, 14 febrero 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007], pág. 4, cita a CARNELUTTI, «Arbitri e arbitratori», in Riv.dir.proc.civ., 1924, I, p. 123 ss., y afirma que CARNELUTTI fundaba la distinción entre arbitraje y arbitrio de un tercero haciendo referencia al primero en cuanto que éste se encargaba de dirimir las controversias jurídicas, mientras que el segundo se encargaba de las controversias económicas.

³³³ AFFERNI, V., “Invalidità degli atti societari. Rimedi reali e risarcitori”, en *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, dir. V. Afferni, G. Visintini, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pág. 150; GUIDOTTI, R., “L’arbitraggio gestionale nella società di persone e nella società a responsabilità limitata”, ob.cit., pág. 4; GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, ob.cit., págs. 11 y ss.; CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., págs. 1, 16 y ss.

interpretación restrictiva de esta norma, en cuanto a la excepcionalidad de los poderes atribuidos al arbitrador, ya que sustituye a los administradores en la decisión de una actividad relativa al gobierno de la sociedad³³⁴.

Se trata de un instituto relevante e innovador, rápido y poco costoso, principalmente en la esfera práctica, ya que en las sociedades de base personalista los conflictos de gestión son de muy difícil solución a través del principio mayoritario, al igual que en las pequeñas Sociedades de Responsabilidad Limitada, pudiendo ser causa, tal y como decíamos, de la disolución de la sociedad, con el consiguiente incremento de la litigiosidad ordinaria y arbitral³³⁵.

El artículo 37 del Decreto Legislativo 5/2003 sobre “Decisión de conflictos sobre la administración de la sociedad” dice expresamente:

1. *La escritura de constitución de las Sociedades de Responsabilidad Limitada y de las Sociedades de personas puede contener cláusulas para deferir a uno o varios terceros los conflictos que surjan entre los que tienen el poder de administración en cuanto a las decisiones que deben adoptar en la gestión de la sociedad.*
2. *La escritura de constitución puede prever que la decisión sea impugnabile frente a un Tribunal, en el plazo y de acuerdo a la modalidad establecida por los mismos.*

³³⁴ GUIDOTTI, R., “L’arbitraggio gestionale nella società di persone e nella società a responsabilità limitata”, ob.cit., pág. 6; AA.VV., “La risoluzione dei contrasti nella gestione della società”, ob.cit., pág. 23; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 13.

³³⁵ La mayoría de la doctrina lo clasifica como una subespecie del arbitrio de un tercero (*arbitraggio*), porque en definitiva se trata de dirimir *ex ante* una controversia económica y no jurídica por un tercero-arbitrador. MANCINELLI, F., “Arbitrato economico: Paralisi gestionale e sua soluzione”, en *Le Società* 8/2005, pág. 1048; GUIDOTTI, R., “L’arbitraggio gestionale nella società di persone e nella società a responsabilità limitata”, ob.cit., pág. 3; AA.VV., “La risoluzione dei contrasti nella gestione della società”, Approvato dalla Commissione studi d’impresa il 5 luglio 2005, Studio n. 5734/I, en http://www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti/Società/5734.htm [fecha de consulta 8 de agosto 2006], págs. 2 y ss.; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 11; SANGIOVANNI, V., “Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione”, en <http://www.judicium.it>, 30 de mayo de 2008, [fecha de consulta 28 enero 2009]; pág. 3.

3. *La escritura de constitución puede también prever que el sujeto o el Tribunal llamado a dirimir el conflicto al cual se refieren los incisos 1 y 2, pueda dar indicaciones vinculantes incluso sobre cuestiones relacionadas con aquellas a las que expresamente se hace referencia.*
4. *La decisión adoptada de acuerdo al presente artículo será impugnabile conforme al artículo 1349, apartado segundo, del Código Civil.*

De acuerdo a este artículo, el “arbitraje” económico será posible únicamente en las Sociedades de personas o de Responsabilidad Limitada, a través de una cláusula en la escritura de constitución de la sociedad que regule que las eventuales controversias que surjan entre quienes tienen el poder de administración sobre la gestión social serán resueltas por uno o varios terceros³³⁶. Ésta decisión será vinculante con base al compromiso de las partes de aceptar esta forma de resolver los conflictos de la gestión social y será efectiva por el mandato *ad hoc* que las partes le han dado al tercero³³⁷.

Esta figura del Derecho italiano cuenta con una independencia funcional respecto a los otros medios para solucionar conflictos de forma heterónoma. Es evidente que no se trata de un arbitraje en el sentido estricto del concepto, ya que el tercero no entra a dirimir un conflicto surgido de una relación jurídica preexistente, sino que

³³⁶ GUIDOTTI, R., “L’arbitraggio gestionale nella società di persone e nella società a responsabilità limitata”, ob.cit., pág. 1; Tribunale di Trento. Ordinanza 8 aprile 2204. Palestra Presidente –Guiliani-Relatore- Bonapaca (avv.Benvenuto) c. Maffei e altri (avv. Masè, Molinari), en http://www.judicium.it/news/ins_17_09_04/TRIBUNALEEDITRENTO%3b%20ordinanza%208%aprile%202004.html, 17 septiembre 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007], pág. 3; AA.VV., “La risoluzione dei contrasti nella gestione della società”, ob.cit., pág. 2; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 11. La doctrina critica la política legislativa de excluir a las Sociedades por acciones de esta posibilidad para resolver sus conflictos de gestión, pero acepta que dicha exclusión puede estar justificada en el hecho de que, normalmente, estas sociedades cuentan con un consejo de administración muy amplio, por lo que las situaciones de bloqueo son muy poco probables. SANGIOVANNI, V., “Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione”, ob.cit., pág. 4.

³³⁷ En cuanto a la regulación de este instituto para la sociedades de personas, la doctrina ha señalado que puede estar afectada de vicios de constitucionalidad al exceder el ámbito de regulación delegado por el Parlamento, ya que la Ley que delega en el gobierno la reforma del Derecho societario (*Legge 3 ottobre 2001, n. 366*, en adelante L. 366/2001), únicamente confería poderes para regular las sociedades de capitales y cooperativas y no se hacía mención alguna a las sociedades de personas salvo para regular los aspectos penales, con respecto a los cuales se plantea de forma general para las sociedades mercantiles. AA.VV., “La risoluzione dei contrasti nella gestione della società”, ob.cit., pág. 3; GUIDOTTI, R., “L’arbitraggio gestionale nella società di persone e nella società a responsabilità limitata”, ob.cit., págs. 3 y ss.; Colangeli, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browse1_it_5611_resource_orig.doc, [fecha de consulta 28 febrero 2007], pág. 8; MANCINELLI, F., “Arbitrato economico: Paralisi gestionale e sua soluzione”, ob.cit., págs. 1047 y ss.

concorre con los administradores en la toma de una decisión sobre la gestión de la sociedad. El tercero se encarga de tomar una decisión concreta sobre la gestión de la sociedad, que los administradores no han podido o no han querido adoptar por no conseguir un acuerdo³³⁸.

El arbitrador actuará con base a criterios de conveniencia y, si está autorizado, conforme a su “mero arbitrio”³³⁹; limitándose a optar por una o por la otra solución de gestión propuesta por los administradores³⁴⁰.

Pero tampoco podemos considerar que el “arbitraje” económico sea un arbitrio de tercero en sentido estricto, ya que aunque no se trate de dirimir un conflicto propiamente dicho, en cualquier caso sí existe una contraposición de intereses y no simplemente la concurrencia de un tercero con el fin de completar un contrato³⁴¹.

6.4 La firma de documento en blanco

Por último estudiaremos la firma de documento en blanco, por ser otra forma de resolver conflictos que cuenta con una regulación especial en los Derechos italiano y francés.

Es también un mandato de las partes a un tercero para transigir en su nombre. Las partes que quieren resolver sus conflictos mediante este instituto jurídico entregan a un tercero un documento en blanco suscrito por ambas, de manera que ellas se

³³⁸ GUIDOTTI, R., “L’arbitraggio gestionale nella società di persone e nella società a responsabilità limitata”, ob.cit., pág. 3; AA.VV., “La risoluzione dei contrasti nella gestione della società”, ob.cit., págs. 4 y ss.; MANCINELLI, F., “Arbitrato economico: Paralisi gestionale e sua soluzione”, ob.cit., pág. 1048, sostiene que cuando el legislador regula los conflictos entre los que tienen el poder de administración en cuanto a las decisiones que deban adoptar en la gestión de la sociedad se refiere a, en primer lugar, cuando un administrador, con poderes plenos de administración y representación, se oponga a una operación que otro intenta llevar a cabo; en segundo lugar, cuando se trate de administradores solidarios y no alcancen la unanimidad requerida; y, por último, cuando se trate de un consejo de administración en donde no se alcance la mayoría. SANGIOVANNI, V., “Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione”, ob.cit., págs. 1 y ss.

³³⁹ VILLANI, M., “L’arbitrato in materia societaria”, en http://www.commercialistatelematico.com/cgi/stampa_pdf.html?doc=341, aprile 2004, [fecha de consulta 12 septiembre 2006]; AA.VV., “La risoluzione dei contrasti nella gestione della società”, ob.cit., pág. 4.

³⁴⁰ AA.VV., “La risoluzione dei contrasti nella gestione della società”, ob.cit., pág. 23; GUIDOTTI, R., “L’arbitraggio gestionale nella società di persone e nella società a responsabilità limitata”, ob.cit., pág. 6.

³⁴¹ AA.VV., “La risoluzione dei contrasti nella gestione della società”, ob.cit., pág. 4; MANCINELLI, F., “Arbitrato economico: Paralisi gestionale e sua soluzione”, ob.cit., pág. 1049.

comprometen a cumplir y a respetar lo que éste indique posteriormente³⁴². Ambas partes del contrato deben nombrar de forma conjunta al tercero que ha de encargarse de completar el documento, además de establecer los términos de la transacción³⁴³.

Como adelantábamos, lo que el tercero determine será manifestación directa de la voluntad de las partes, por lo que será impugnabile únicamente en caso de vicios de la voluntad³⁴⁴. El tercero tendrá como límite de sus poderes dispositivos los mismos límites de la autonomía privada de las partes, en cuanto que él las representa. En otras palabras, el tercero, dentro de los límites del mandato que le han concedido, está autorizado a regular la situación jurídica controvertida como lo podrían hacer las partes mismas y no solamente a través de una transacción, sino también renunciando a derechos o mediante la mera verificación de la situación jurídica en cuestión³⁴⁵.

La utilización de esta forma particular de resolver conflictos es significativa en cuanto que a través de la cumplimentación del documento firmado en blanco por las partes, estas últimas verán resuelta su controversia mediante un acto negocial y podrán así continuar con la relación jurídica preexistente al conflicto³⁴⁶.

La intervención del tercero, por solicitud de las partes, para zanjar el conflicto, es el elemento que puede llevar a confusiones con el arbitraje y, por otra parte, también porque es comúnmente llamado “arbitraje” por firma de documento en blanco. Pero este acuerdo aparece como voluntad directa de las partes y su vinculación es meramente contractual, sin ningún tipo de fuerza vinculante externa o eficacia jurisdiccional, sino que se trata de un contrato entre las partes alcanzado con la colaboración de un tercero³⁴⁷.

³⁴² GALLETO, T., “Il biancosegno”, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, Tomo I, UTET, Torino, 1999, págs. 219 y ss.; ALPA, G., “Arbitrato e figure affini”, ob.cit. pág. 76; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., págs. 260 y ss.; SINGLIARDI, G., *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali. Analisi di un'esperienza statutaria*, Casa Editrice Giuffrè, Milano, 1979, pág. 55.

³⁴³ BERNINI, G., *L'arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, ob.cit., pág. 56.

³⁴⁴ VOLANTI, R., “Arbitrato per Biancosegno”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa, T. Galletano, Casa Editrice dott. A. Milani, Padova, 1994, pág. 97; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., pág. 275.

³⁴⁵ GALLETO, T., “Il biancosegno”, ob.cit., pág. 224.

³⁴⁶ GALLETO, T., “Il biancosegno”, ob.cit., pág. 225.

³⁴⁷ BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 179; JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., pág. 205; LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., pág. 47; GALLETO, T., “Il biancosegno”, ob.cit., págs. 219 y ss.

De acuerdo con este razonamiento, tampoco hay que confundir la firma de documento en blanco con el arbitraje informal propio del Derecho italiano, ya que aunque el resultado del arbitraje *irrituale* tenga igualmente naturaleza contractual, éste último tiene como fin llegar a una decisión que resuelve una controversia, y no simplemente la integración de una voluntad dispositiva³⁴⁸.

³⁴⁸ SASSANI, B., “L’arbitrato a modalità irrituale”, ob.cit., pág. 4.

CAPÍTULO SEGUNDO: El arbitraje societario en el Derecho comparado, especialmente respecto a la impugnación de acuerdos sociales

I. Preámbulo

El Derecho comparado es una herramienta de gran valor. Nos aporta una visión global del tratamiento que el arbitraje societario tiene en países que de una u otra forma influyen en el ordenamiento español, dándonos luces sobre la forma en que ha sido regulado, los límites que se le han puesto, así como las ventajas y desventajas que ha presentado esta forma alternativa a la jurisdicción en estos ordenamientos.

Este análisis de las experiencias y aportes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales extranjeros nos permitirá compararlo posteriormente con el sistema vigente en España, con el fin de aprovechar los aspectos positivos y evitar de algún modo o corregir lo que pueda llevar a su inaplicabilidad o desuso.

Es por esto que se hará un estudio del arbitraje societario en los ordenamientos latinos de mayor proximidad con España, como son el italiano y el francés, así como del ordenamiento alemán, por el método y el análisis riguroso que éste hace del Derecho societario.

El Derecho italiano, en concreto, será la guía de este capítulo, tanto por la profundidad con la que la doctrina ha estudiado este tema, como por las reformas legislativas encaminadas a su regulación y por su aplicación jurisprudencial. Todos estos elementos son una herramienta de incalculable valor para nuestro posterior análisis del estado actual del Derecho español y su posible proyección a futuro, específicamente en el ámbito societario.

Por último, se enunciarán las principales características de los ordenamientos anglosajones más representativos, como son el inglés y el estadounidense, aunque hay que advertir que no se hará una gran profundización en ellos, por las diferencias evidentes que existen entre ambos sistemas de Derecho.

Esta parte del estudio se realizará de un modo muy descriptivo, en el que se intentará plasmar la realidad normativa de cada uno de los ordenamientos estudiados, sin entrar en valoraciones ni intentar abarcar todos los temas que abordaremos posteriormente en el Derecho español, ya que nos limitaremos a reflejar el sentir y el análisis que la doctrina y la jurisprudencia, propias de cada uno de estos países, ha hecho.

II. El arbitraje societario en los ordenamientos latinos: Italia y Francia

1. El ordenamiento italiano como modelo legal de referencia para el arbitraje intrasocietario

1.1 Preámbulo

El arbitraje, tal y como lo definimos en la primera parte de este estudio³⁴⁹, es una institución jurídica en la que un tercero, no juez, ejerce una función jurisdiccional encomendada por las partes para resolver las controversias que existen o que pueden existir entre ellas³⁵⁰. Es otra “técnica” alternativa a la resolución judicial de los conflictos, con el fin de alcanzar los fines humanos y sociales que se buscan tradicionalmente a través del Derecho³⁵¹.

En Italia, esta institución jurídica ha tenido épocas más favorables y épocas menos favorables. Se ha pasado de períodos totalmente en contra del arbitraje, en los que se consideraba inderogable la competencia judicial, a otros en los que se consideraba que todo era arbitrable; además de posturas intermedias, en las que se tomaba en cuenta si se trataba de intereses individuales de los socios y por tanto disponibles, o controversias concernientes a los intereses de la sociedad o a derechos de terceros y por tanto no comprometibles³⁵².

³⁴⁹ Ver páginas 26 y siguientes.

³⁵⁰ ALPA, G., “L’arbitrato e la risoluzione stragiudiziale delle controversie”, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. L’arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, Tomo I, UTET, Torino, 1999, pág. 96.

³⁵¹ MALTONI, M., *Invalidità e inefficacia delle delibere assembleari. Effetti sull’organizzazione societaria*, dir. G. Laurini, IPSOA Editore s.r.l., Milano, 2001, pág. 43.

³⁵² AMBROSINI, R., “Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari”, en *Le Società* 12/1995, pág. 1610.

En este contexto y por ser Italia pionera en la regulación del arbitraje intrasocietario, se ha convertido en modelo experimental para los muchos países que aún están pensando en la utilidad o factibilidad del arbitraje como un método alternativo al procedimiento jurisdiccional, especialmente el arbitraje en materia societaria y, en concreto, de la impugnación de acuerdos sociales.

La legislación italiana no se centra en la definición del arbitraje, sino más bien en la determinación de su objeto, sus límites y su procedimiento (artículos 806 y siguientes del *Codice di Procedura Civile*, en adelante C.p.c., y 34 y siguientes del *Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, en adelante D. Leg. 5/2003).

Esta normativa considera el arbitraje como un instrumento que se pone al servicio de los particulares, los cuales hacen uso de su autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación como forma alternativa a la jurisdicción para la tutela de sus derechos, adaptándose a sus necesidades.

El arbitraje en el ordenamiento procesal civil italiano se encuentra regulado, tal y como decíamos, en los artículos 806 y siguientes de su Código Procesal Civil, dentro de los procedimientos especiales. Esta es la normativa general, la cual se aplicará de forma supletoria para el arbitraje societario, ya que éste, por su fin y por sus características particulares, cuenta con una regulación específica.

De acuerdo a esta normativa, el arbitraje tiene una naturaleza privada y alternativa a la jurisdicción estatal, basada en el libre consentimiento manifestado por las partes litigantes de forma previa³⁵³. El elemento principal de este procedimiento es la voluntad de las partes de sustraerse del cauce jurisdiccional para optar por la vía

³⁵³ CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 1; CAPPONI, B., “Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.”; en <http://www.judicium.it>, 11 de diciembre de 2008, [fecha de consulta 13 marzo 2008], pág. 7.

arbitral³⁵⁴, conforme a la autonomía contractual, dentro de los límites impuestos por la Ley (artículo 1322 *Codice Civile* en adelante C.c.)³⁵⁵.

En cuanto al Derecho societario en concreto, en Italia, a partir del año 2001, con la Ley que delega en el gobierno la reforma del Derecho societario (*Legge 3 ottobre 2001, n. 366*, en adelante L. 366/2001), comienza un período de transformación en el que se toman medidas tanto de Derecho material como procesal. En cuanto al Derecho de fondo se adopta el *Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366"* (en adelante D. Leg. 6/2003); y en cuanto al Derecho procesal se promulga el *Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5* (D. Leg. 5/2003).

Esta reforma buscaba acabar con la incertidumbre que había en determinadas materias, como en el arbitraje societario, en el que la doctrina y la jurisprudencia no terminaban de ponerse de acuerdo³⁵⁶. Fomenta el arbitraje intrasocietario creando una disciplina especial³⁵⁷, con normas como la intervención voluntaria de terceros, la posibilidad de los árbitros de conocer *incidenter tantum* sobre materias no comprometibles, así como el poder otorgado a los árbitros de dictar como medida cautelar la suspensión de un acuerdo social, entre otras³⁵⁸.

³⁵⁴ BOVE, M., "Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale", ob.cit., pág. 4.

³⁵⁵ Artículo 1322 Código Civil italiano: (*Autonomía contractual*). *Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la Ley* (y por las normas corporativas). *Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos con una disciplina particular, con tal que estén encaminados a realizar intereses que merezcan tutela de acuerdo al ordenamiento jurídico*.

³⁵⁶ CARPI, F., "Profili dell'arbitrato in materia di società", ob.cit., pág. 4.

³⁵⁷ ALLOTI, V., "Clausola arbitrale statutaria", ob.cit., pág. 380; BIANCHINI, M., "Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell'arbitrato c.d. "endo-societario", en http://judicium.it/news/ins_27_12_2005/jud/bianchini.pdf, 22 diciembre 2005, [fecha de consulta 1 febrero 2007], pág. 5; CABRAS, G., "I principi dell'arbitrato e l'arbitrato societario", ob.cit., págs. 7 y ss.

³⁵⁸ Relazione al D. Leg. 5/2003, pág. 7; ARNÒ, G., IANNI, G., *La riforma del diritto societario. Commento alla legge delega 3 ottobre 2001, n. 366*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, págs. 134 y ss.; GALGANO, F., "Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie", ob.cit., pág. 8.

Antes de la reforma³⁵⁹, las objeciones que se planteaban por parte de la doctrina al arbitraje societario versaban sobre la materia que afectaba los intereses colectivos de los socios o de los terceros, la gestión social y, en definitiva, cualquier asunto de naturaleza general, por considerar que tenían su raíz en normas de orden público y, por tanto, fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes. Se consideraban arbitrables únicamente los derechos de personas físicas y no de la sociedad como persona jurídica y sujeto individual capaz de disponer de sus derechos y acciones al igual que una persona física³⁶⁰.

Parte de la doctrina consideraba la cláusula arbitral como una cláusula *vessatoria*, y por tanto se requería una aceptación específica de todas sus partes³⁶¹, además del poder exclusivo de los jueces para otorgar medidas cautelares. A pesar de esto, la mayoría de la doctrina aceptaba, dentro de la materia societaria, la posibilidad de arbitrar los acuerdos sociales que fueran anulables, por considerar que al no violar normas imperativas se trataba de materia disponible³⁶².

Después de la reforma, el legislador italiano se abre al arbitraje, pero manteniendo ciertas garantías para las partes y para la protección de terceros³⁶³,

³⁵⁹ Antes de la reforma el número de arbitrajes era considerablemente menor al actual. Por ejemplo, en el 2003 se terminaron 67 arbitrajes en la Cámara Arbitral de Milán, de los cuales un 33% puso fin a la controversia mediante transacción. De éstos, el 81% tenía como parte a sociedades de capitales, el 65% lo juzgó un tribunal arbitral, el 77% fueron decisiones de acuerdo a Derecho y el 81% tuvo naturaleza ritual. De éstos únicamente el 13% tenía como objeto materia societaria y la duración media fue de 13 meses. Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, “Arbitrati 2003-Statistiche”, en <http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1211/605844/FILENAME/statistica%202003%2030-1-04.pdf>, [fecha de consulta 29 marzo 2007].

³⁶⁰ BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 85; MIRABELLI, G.; GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 155; Singliardi, G., *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali. Analisi di un'esperienza statutaria*, ob.cit., págs. 75 y ss.; MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., pág. 4; Cass. 21 dicembre 2000, n. 16056; Cass. 19 settembre 2000, n. 12412; Cass. 6 luglio 2000, n. 9022; Trib. Milano, 10 gennaio 2000; Trib. Milano 7 febbraio 2002; BERNINI, G., *L'arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, ob.cit., págs. 268-269.

³⁶¹ CARLEO, R., *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 12.

³⁶² BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 98; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 87; AMBROSINI, R., “Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari”, ob.cit., pág. 1611.

³⁶³ BORIO, G., *L'arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 11; MARZOLINI, P., “Più arbitrato per la competitività del sistema giustizia”; en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1222/611104/FILENAME/comunicato_stampa_pm.pdf, [fecha de consulta 29 marzo 2007], pág. 1; Camera Arbitrale di Milano, “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/351/175783/FILENAME/orientamenti_CAM_societario.pdf, [fecha de consulta 29 marzo 2003], pág. 2; CAPPONI, B., “Arbitrato e giurisdizione”, ob.cit., pág. 6.

conservando la materia disponible como objeto³⁶⁴. Se establece un control judicial del laudo, eliminando la problemática de si son intereses individuales o sociales, porque si los derechos sobre los que recae el contrato son disponibles, la contrariedad de las normas imperativas no excluye el arbitraje³⁶⁵.

Tras esta modificación se han visto incrementados considerablemente el número de arbitrajes, con una tendencia actual de mayor crecimiento³⁶⁶.

³⁶⁴ MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., pág. 6; TEDOLDI, A., “Le questione pregiudiziali di nullità nell’arbitrato rituale: dall’art. 819 c.p.c. all’arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5)”, ob.cit., pág. 25; SANTANGELI, F., “Per l’estensione o l’abolizione del processo commerciale ordinario”, ob.cit., pág. 3; GIAVARI, S., Tesi di Laurea Specialistica: *Il “nuovo” arbitrato societario e il regime della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 55.

³⁶⁵ BOVE, M., “L’arbitrato nelle controversie societarie”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 13/07/2003, [fecha de consulta 30 junio 2006], pág. 3; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 18. Las normas inderogables serán únicamente aquellas que los sujetos privados no pueden dejar de aplicar a través de un acuerdo, porque el ordenamiento, para la tutela de los intereses públicos o para la protección de una parte considerada débil, quiere que dicha protección encuentre siempre su concretización, o nazcan los efectos jurídicos consiguientes al verificarse sus presupuestos. Pero dichos efectos, una vez que han nacido, no son necesariamente indisponibles. Por ejemplo, la norma que regula el reparto de las utilidades entre sus socios: esta norma es inderogable, pero el derecho a las utilidades en concreto, una vez que ha nacido, será un derecho disponible. BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, en <http://www.judicium.it>, 5 de marzo de 2008, [fecha de consulta 13 marzo 2008], pág. 7; GIRARDI, C., MENGIOZZI, A., “I limiti dell’arbitrato nelle controversie societarie”, ob.cit., pág. 237; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., págs. 3 y ss.

³⁶⁶ MARZOLINI, P., “Più arbitrato per la competitività del sistema giustizia”, ob.cit., pág. 1. Después de la reforma del Derecho societario, de los 99 arbitrajes terminados en el 2006 por la Cámara Arbitral de Milán, el 45% puso fin a la controversia mediante transacción, el 70% estaba formado por sociedades de capitales, el 65% contaba con un tribunal arbitral, el 92% optó por la decisión del conflicto conforme a Derecho y el 93% fue de naturaleza ritual. En cuanto al objeto de la controversia se hace una distinción en la materia societaria, que en lo que se refiere a la sociedad como persona jurídica en el tráfico normal fue del 18%, pero en el ámbito intrasocietario fue únicamente del casi 9%, con una duración media de 11 meses. Es perceptible el aumento en el volumen de laudos con respecto a la estadística *supra* comentada del año 2003, así como el descenso en la participación societaria y el mantenimiento del porcentaje de la elección de un tribunal arbitral en lugar de un árbitro único. Es evidente el aumento de un 15% en cuanto a la elección que se resolviera el arbitraje conforme a Derecho y de un 12% en que el proceso fuera de naturaleza ritual. En cuanto al objeto del conflicto, en la estadística del año 2003 no se distinguía entre las posibles controversias societarias, por lo que no podemos sacar ninguna conclusión de estos datos. Y por último, es favorable también la disminución del tiempo promedio de los arbitrajes. Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, “Arbitrati 2003-Statistiche”, en <http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1307/653885/FILENAME/arbitrato2006.pdf>, [fecha de consulta 29 marzo 2007]. En las estadísticas de 2007, de los 99 arbitrajes celebrados, 25 fueron asuntos en los que intervino una sociedad, de los cuales solamente el 3% fueron asuntos intrasocietarios. El 81% se resolvieron mediante arbitraje de Derecho, el 89% tuvieron una naturaleza ritual y el tiempo medio de duración fue de 13,4 meses. En: DE LUTTI, S., FORNI, S., “L’arbitrato nel 2007”, en <http://www.camera-arbitrale.it>, [fecha de consulta 28 agosto 2008], pág. 2.

1.2 El arbitraje societario y la cláusula compromisoria

A) Delimitación del ámbito de la cláusula arbitral en el Derecho societario italiano

El artículo 34.1 D. Leg. 5/2003 en atención a la L. 366/2001 regula únicamente el arbitraje societario que tenga su causa en una cláusula arbitral inserta en el pacto constitutivo o en los estatutos de una sociedad³⁶⁷, quedando excluido de esta normativa el arbitraje que tenga su fundamento en un compromiso arbitral³⁶⁸. Por tanto, para el resto de situaciones que no tengan su causa en una cláusula arbitral estatutaria, como podrían ser las que se encuentren en pactos parasociales o en un compromiso arbitral *ad hoc*, se deberá hacer uso del Derecho arbitral general regulado en los artículos 806 y siguientes C.p.c.³⁶⁹.

³⁶⁷ En el texto del artículo 34.1 D. Leg. 5/2003 se habla de la cláusula compromisoria inserta en el pacto constitutivo de la sociedad, mientras que en el artículo 2328 *in fine* del D. Leg. 6/2003 se establece que los estatutos constituyen parte integrante de la escritura de constitución, por lo que es indiferente que la cláusula compromisoria se encuentre en uno u otro, ya que el ordenamiento los considera una misma normativa, y en caso de haber alguna contradicción entre la escritura de constitución de la sociedad y los estatutos prevalecerá lo regulado en los segundos. SALI, R., “Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale”, ob.cit., pág. 6; LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2; CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 4; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, ob.cit., pág. 2; Camera Arbitrale di Milano, “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, ob.cit., pág. 3; MIRABELLI, G.; GIACOBBE, D., *Diritto dell’arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 147; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 82; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 1; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 5; CHIARLONI, S., “Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, dir. F. Carpi, U. Romagnoli, N° 1, Anno LVIII, Giuffrè Editore, Milano, Marzo 2004, pág. 124.

³⁶⁸ ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 380; BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, ob.cit., pág. 13; MERONE, A., “Le due forme d’arbitrato e la materia societaria: un rapporto da ricostruire in termini di alternatività”, ob.cit., págs. 1 y ss.; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 1; ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 11; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, ob.cit., pág. 2; Camera Arbitrale di Milano, “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, ob.cit., pág. 3; MARZOLINI, P., RONCAROLO, CH., “La convenzione arbitrale dopo la riforma del diritto societario. Alcuni spunti pratici”, ob.cit., pág. 1.

³⁶⁹ SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., págs. 6 y ss. En este caso se aplicaría el arbitraje común del Código Procesal Civil. CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 4. LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2; MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., pág. 6; MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, ob.cit., pág. 79; Camera Arbitrale di Milano, “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e

El artículo 1 D. Leg. 5/2003³⁷⁰ establece su ámbito de aplicación, dentro del cual no se encuentra expresamente la impugnación de los acuerdos sociales. A pesar de esto, de acuerdo a la Exposición de Motivos de ese mismo Decreto Legislativo, en la individualización de las controversias que serán objeto de este procedimiento especial, se deben entender incluidas aquellas que sean conexas a las relaciones societarias que están expresamente enumeradas (constitución, modificación o extinción de una relación societaria, la acción social de responsabilidad contra los administradores o los miembros del órgano de control, etc.). Además, los artículos 35.5 y 36.1 D. Leg. 5/2003 sí regulan la impugnación de los acuerdos sociales, en cuanto al poder atribuido a los árbitros de disponer la suspensión de la eficacia del acuerdo social y la obligatoriedad de que el arbitraje sea conforme a Derecho³⁷¹.

El artículo 35.5 Decreto Legislativo 5/2003, que regula la disciplina inderogable del procedimiento arbitral, dice así:

5. El sometimiento a arbitraje, aunque no sea ritual, de una controversia no impide el recurso a la tutela cautelar de acuerdo al artículo 669-quinquies del Código de Procedimiento Civil, pero si la cláusula regula el sometimiento a arbitraje de controversias que tengan por objeto la validez de los acuerdos sociales a los árbitros les corresponderá siempre el poder de disponer, con resolución apelable, la suspensión de la eficacia del acuerdo.

prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, ob.cit., pág. 3; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 3.

³⁷⁰ Artículo 1 Decreto Legislativo 5/2003: (*Ámbito de aplicación*). 1. *Se observarán las disposiciones del presente decreto legislativo en todas las controversias, incluso en aquellas conexas de acuerdo con los artículos 31, 32, 33, 34, 35 y 36 del Código de Procedimiento Civil, relativas a: a) Las relaciones societarias, comprendidas entre ellas aquellas concernientes a la sociedad de hecho, la verificación, la constitución, la modificación o la extinción de una relación societaria, las acciones de responsabilidad promovidas por cualquiera contra los órganos administrativos o de control, los liquidadores y los directores generales de la sociedad, de las mutuas aseguradoras y de la sociedad cooperativa; b) la transferencia de las participaciones sociales, así como cualquier otro negocio que tenga por objeto las participaciones sociales o los derechos a ellas inherentes; c) los pactos parasociales, también los diferentes a los regulados en el artículo 2341-bis del Código Civil, y los acuerdos de colaboración del artículo 2341-bis, último apartado, del Código Civil; (...) Para aquello que no haya sido regulado de forma diversa por el presente decreto, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en cuanto sea compatible (...).*

³⁷¹ CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., págs. 5 y ss.; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 5; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2.

Y el artículo 36.1 Decreto Legislativo 5/2003, que regula la decisión de acuerdo a Derecho, dice:

1. Incluso cuando la cláusula compromisoria autorice a los árbitros a decidir conforme a equidad o con laudo no impugnabile, los árbitros deberán decidir conforme a Derecho, con laudo impugnabile incluso de acuerdo al artículo 829³⁷², apartado segundo, del Código de Procedimiento Civil cuando para decidir hayan conocido de cuestiones no comprometibles o bien cuando el objeto del juicio sea la validez de un acuerdo de asamblea.

El D. Leg. 5/2003 se refiere únicamente al arbitraje ritual, aunque en el artículo 35.5 D. Leg. 5/2003 se regule el arbitraje irritual al hablar de las medidas cautelares, tal vez siguiendo alguna de las orientaciones doctrinales que tienden a equiparar ambos arbitrajes. Pero recordemos que el arbitraje irritual es aquel con fundamento negocial, que se realiza fuera del ordenamiento que regula esta materia, sin eficacia jurisdiccional sino que únicamente su eficacia es contractual entre las partes³⁷³. Además ésta es una normativa específica para el arbitraje societario y es el mismo artículo 36.1 D. Leg. 5/2003 el que determina que éste deberá ser únicamente conforme a Derecho y con laudo impugnabile. Por tanto, si se optara por un arbitraje irritual, éste deberá ser conforme a Derecho y, aunque su laudo en cualquier otro caso no pudiera impugnarse, en este caso sí se podrá³⁷⁴. Además, hay que tener en cuenta que para la impugnación de acuerdos sociales, en específico, solamente podrá hacerse a través de un arbitraje ritual y de Derecho³⁷⁵.

El arbitraje societario no debe ser visto como una amenaza a la legalidad para la resolución de controversias societarias. Es un medio legalmente previsto por el que las

³⁷² El artículo 829, apartado segundo, Código Procesal Civil italiano decía: *La impugnación por nulidad es también admitida si los árbitros al juzgar no han observado las reglas de Derecho, salvo que las partes los hayan autorizado a decidir de acuerdo a criterios de equidad, o hayan declarado el laudo no impugnabile*. Este artículo fue modificado por Decreto Legislativo 2 febbraio 2006, n. 40. *Modifiche al Codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della Legge 14 Maggio 2005, n. 80*, y actualmente no hace esta salvedad.

³⁷³ Corte di Appello di Brescia, Sezione prima civile, Sentenza del giorno 6 novembre 2002, en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cbs-06-11-02.htm>, [fecha de consulta 26 febrero 2007]; DIFUNDO, A., "L'arbitraggio. La perizia contrattuale", ob.cit., pág. 213.

³⁷⁴ VACCARELLA, R., "Risposta a Claudio Consolo, esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre", in *Corriere giuridico* 12/2002, pp.1541ss., ob.cit., pág. 3.

³⁷⁵ BOVE, M., "L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune", ob.cit., pág. 22; SASSANI, B., "L'arbitrato a modalità irrituale", ob.cit., pág. 10.

partes en uso de su autonomía pueden optar. Únicamente se diferencia del proceso jurisdiccional en su origen contractual, pero la eficacia del laudo será la misma que la de una sentencia³⁷⁶. La reforma del Derecho societario constituye en realidad un paso adelante para la equiparación del arbitraje al proceso judicial, como una forma diferente, pero equivalente, para la decisión de controversias; y esto explica además por qué en determinados casos se requiere que se lleve a cabo conforme a Derecho³⁷⁷.

Anteriormente, recurrir al arbitraje era válido cuando no versara sobre controversias en torno a intereses generales de la sociedad o cuando resultara de la violación de una norma que buscaba tutelar el interés colectivo de los socios o de terceros, tales como la impugnación del balance (artículo 2434-bis C.c.), la disolución de la sociedad, el nombramiento de liquidadores, entre otras. No eran tampoco comprometibles, prohibición que se mantiene actualmente, los asuntos en los que debía participar el Ministerio Público, por disposición expresa de la Ley (artículo 34.5 D. Leg. 5/2003) y por no ser materia transigible bajo pena de nulidad (artículo 1972 C.c.), ya que no es posible que las partes a través de esta vía buscaran obtener un resultado *contra legem*³⁷⁸.

Siguiendo esta línea de protección, el ordenamiento ha establecido una tutela especial para la impugnación de acuerdos sociales mediante el procedimiento arbitral, ordenando que las partes deberán haber previsto esta posibilidad en una cláusula arbitral en los estatutos (artículo 35.5 D. Leg. 5/2003) y que el arbitraje sea conforme a Derecho y con laudo impugnabile por violación o error en la aplicación de las normas imperativas, sin dejarlo a la libre elección de las partes³⁷⁹.

³⁷⁶ NISATI, M., “Lineamenti dell’arbitrato”, ob.cit., pág. 3; BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, ob.cit., pág. 34; CAPPONI, B., “Arbitrato e giurisdizione”, ob.cit., pág. 2.

³⁷⁷ RICCI, E., “Il nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 7; CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 10.

³⁷⁸ GHIRGA, M., “Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario”, ob.cit., pág. 8; STESURI, A., “Il nuovo arbitrato societario dopo la riforma del 2003”, ob.cit., pág. 158; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, ob.cit., pág. 4; GIAVARI, S., Tesi di Laurea Specialistica: *Il “nuovo” arbitrato societario e il regime della clausola compromissoria*, ob.cit., págs. 28 y ss.; TEDOLDI, A., “Le questione pregiudiziali di nullità nell’arbitrato rituale: dall’art. 819 c.p.c. all’arbitrato societario (art. 35, 3º comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5)”, ob.cit., pág. 8; CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, ob.cit., pág. 1133; WEIGMANN, M., “L’arbitrabilità delle controversie”, ob.cit., pág. 6.

³⁷⁹ BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, ob.cit., pág. 18; BOVE, M., “L’arbitrato nelle

Esta normativa prevé expresamente la posibilidad de arbitrar la impugnación de acuerdos sociales, incluso cuando incida sobre derechos indisponibles no comprometibles, mientras que el arbitraje sea conforme a Derecho³⁸⁰. Tiene como fin evitar la incertidumbre que genera la equidad en esta materia y busca una mayor protección de los intereses sociales, de los socios y de los terceros, lo cual no puede dejarse a la discreción de los árbitros a través de la propia determinación de los criterios de juicio que se aplicarían en cada caso concreto³⁸¹.

Los únicos límites al arbitraje serán la materia indisponible y la intervención del Ministerio Público³⁸². Pero en la impugnación de acuerdos sociales el Ministerio Público no está presente, ya que no hay ninguna norma que requiera su participación³⁸³. Por esta razón, aunque con muy puntuales excepciones, se podría hablar de que casi todos los acuerdos que pueden válidamente ser decididos en el ámbito societario, pueden ser objeto de una impugnación ante árbitros de Derecho³⁸⁴.

En contra de la mayoría de la doctrina y de sus argumentos antes expuestos, es necesario mencionar en este apartado los argumentos de una parte minoritaria, aunque representativa en esta materia, de la doctrina, pues considera las anteriores posturas doctrinales como “omnicomprensivas” e “indudablemente simplificantes”. Sostiene que el artículo 36.1 D. Leg. 5/2003 establece que los árbitros deberán decidir conforme a

controversie societarie”, ob.cit., pág. 3; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 7.

³⁸⁰ BORIO, G., *L’arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 14; MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., pág. 9; VACCARELLA, R., “Risposta a Claudio Consolo, esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre”, in *Corriere giuridico* 12/2002, pp.1541ss.”, ob.cit., pág. 3.

³⁸¹ CORSINI, F., “La nullità della clausola compromissoria statutaria e l’esclusività del nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 822/1; CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, ob.cit., pág. 1134.

³⁸² Las imposibilidad de arbitrar cuestiones en las que deba intervenir el Ministerio Público es un claro ejemplo de materia no arbitrable por disposición expresa de la Ley (artículos 1966 C.c. y 34.5 D. Leg. 5/2003). STESURI, A., “Il nuovo arbitrato societario dopo la riforma del 2003”, ob.cit., pág. 150; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 83; BORIO, G., *L’arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 8 y 9.

³⁸³ GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, ob.cit., pág. 10; CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 8. Dentro de las otras cuestiones societarias en las que debe intervenir el Ministerio Público está la revocación de los liquidadores de acuerdo al artículo 2487, apartado 4 del C.c., quedando este tipo de controversias fuera del ámbito de lo arbitrable por ser materia no disponible. SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 24.

³⁸⁴ ARIETA, G., “Arbitrato in materia societaria: procedimento”, en *Bollettino economico. Quaderni di studi economici e giuridici*, n° 2, L’arbitrato nel nuovo diritto societario, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Ancona, Ancona, Luglio 2003, pág. 16; CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 5.

Derecho cuando hayan decidido sobre cuestiones no comprometibles o cuando el objeto del juicio esté constituido por la validez de acuerdos sociales. Considera que desde un análisis literal de la norma, hay una contraposición entre las cuestiones incidentales no comprometibles y los procedimientos sobre la validez de un acuerdo social. Por otra parte, aunque el laudo conforme a equidad es sólo posible en materia de derechos disponibles, no cree posible que de esta afirmación se pueda deducir que la decisión conforme a Derecho podrá versar sobre asuntos en los que no haya disponibilidad del derecho. Por tanto consideran, que si bien el artículo 36.1 D. Leg. 5/2003 es oportuno en esta regulación, no tiene el significado que la mayoría de la doctrina le otorga de considerar que todas las impugnaciones de acuerdos de junta general son susceptibles de una decisión arbitral, independientemente de si son transigibles o no³⁸⁵.

B) Prohibición a las sociedades que recurren al mercado de valores de optar por la vía arbitral mediante una cláusula compromisoria

En Italia es frecuente que la cláusula compromisoria se encuentre en las sociedades de personas, Cooperativas, o en las sociedades de capital como medio alternativo a la jurisdicción para la solución de controversias que surjan durante su vida³⁸⁶.

En presencia de una cláusula arbitral se entenderá excluida la competencia del juez para conocer de los litigios que surjan por razón de la materia societaria³⁸⁷. Sin embargo, está expresamente prohibida la inclusión de una cláusula arbitral en las sociedades que recurren al mercado de valores, ya que en ellas los socios son vistos predominantemente como meros inversores y la doctrina defiende que deben tratarse como consumidores y no sólo como socios, ya que consideran que les falta el elemento esencial de una sociedad que es el *affectio societatis*, al no estar interesados en la

³⁸⁵ CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., págs. 6 y ss.

³⁸⁶ GAGGERO, P. “Introduzione”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa, T. Galletano, Casa Editrice dott. A. Milani, Padova, 1994, pág. 14. En el mismo sentido, ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 890; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 82; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2.

³⁸⁷ AMBROSINI, R., “Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari”, ob.cit., pág. 1609; Tribunale di Biella, sentenza 22 marzo 2006, Pres. L. Grimaldi, Est. E. Reggiani, en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/452.htm>, [fecha de consulta 26 febrero 2007].

gestión social sino únicamente en los resultados económicos de las operaciones que ésta pueda realizar³⁸⁸.

La exclusión de las sociedades que recurren al mercado de valores de optar por la vía arbitral mediante cláusula compromisoria se estudia en este apartado a través de un epígrafe específico, en primer lugar porque la doctrina italiana ha considerado que es tanto un límite objetivo al arbitraje intrasocietario, en cuanto que es materia no disponible, expresamente establecida por Ley; así como es también un límite subjetivo, en cuanto que estas sociedades son personas jurídicas incapaces de optar por esta opción. Y, en segundo lugar, porque se trata de una opción importante de este ordenamiento que sirve de modelo y guía para los demás sistemas legales que buscan las fórmulas adecuadas para regular este procedimiento alternativo a la jurisdicción en el ámbito de los conflictos intrasocietarios.

Se permite la cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad para resolver los conflictos que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad que tengan por objeto derechos disponibles relativos a los asuntos sociales, con la exclusión expresa de las sociedades cotizadas en bolsa o difundidas entre el público en una “medida relevante” (artículos 34.1 D. Leg. 5/2003 y 2325-*bis* C.c.)³⁸⁹.

³⁸⁸ BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 2; SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, ob.cit., pág. 7; CHIARLONI, S., “Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo”, ob.cit., pág. 126; BLANDINI, A., “La clausola compromissoria nell’arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo”, ob.cit., pág. 603; BOGGIO, L., « Quale disciplina per l’arbitrato irrituale statutario ? », ob.cit., pág. 66.

³⁸⁹ El término “medida relevante” se encuentra también en el *Decreto Legislativo* de 24 febbraio 1998, n. 58, artículo 116, pero a su vez reenvía para su definición al Reglamento de la CONSOB de 14 maggio 1999 n. 11971, en su artículo 2-*bis*, en el que se distingue entre accionistas y obligacionistas. De acuerdo a este reglamento se entiende por emisores de acciones difundidas entre el público en una “medida relevante” aquellos emisores italianos que: a) tengan accionistas diferentes a los socios de control en número superior a 200 y representen al menos el 5% del capital social; b) no tengan la posibilidad de hacer el balance de forma abreviada de acuerdo al artículo 2435-*bis*, apartado 1 C.c. Por su parte, son emisores de obligaciones difundidas entre el público en una “medida relevante”, los emisores italianos dotados de un patrimonio neto no inferior a 5 millones de euros y con un número de obligacionistas superior a 200. En este sentido LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2; SANDULLI, M., “Governance”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 10 febrero 2003, [fecha de consulta 5 febrero 2007], pág. 2; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 5; CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 5; ORLANDONI, M., “La società per azioni”, *Convegno-La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, en http://www.notarlex.it/riforma/approfondimenti_BO.jsp, Consiglio Notarile di Bologna, 6 Dicembre 2002, [fecha de consulta 29 mayo 2007], pág. 3; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 2; SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di

El apartado primero del artículo 34 D. Leg. 5/2003 regula el objeto y los efectos de la cláusula compromisoria estatutaria, y dice expresamente:

1. Los actos constitutivos de las sociedades, con excepción de aquellas que recurren al mercado de valores de acuerdo al artículo 2325-bis del Código Civil, pueden, mediante cláusula compromisoria, prever el sometimiento ante árbitros de algunas o bien de todas las controversias que surjan entre los socios o entre los socios y la sociedad que tengan por objeto derechos disponibles relativos a la relación societaria.

A su vez, el artículo 2325-bis C.c. define las sociedades que recurren al mercado de valores de la siguiente manera:

Con el fin de aplicar este artículo, se entenderán sociedades que recurren al mercado de valores las sociedades que emitan acciones cotizadas en mercados reglamentados o difundidas entre el público en una medida relevante. Las normas de este artículo se aplican a las sociedades que emitan acciones cotizadas en mercados reglamentados en cuanto no se disponga lo contrario en otras normas de este código o en leyes especiales.

Tal y como adelantábamos, la doctrina que apoya esta posición del legislador afirma que, en una sociedad cotizada en bolsa o que tenga sus acciones difundidas entre el público en una medida relevante, los pequeños socios inversores no tienen interés en participar en la administración de la sociedad y que, en algunos casos, ni siquiera conocen los estatutos sociales³⁹⁰. De esta forma, con la restricción legal de optar por el arbitraje como medio válido para resolver sus conflictos, en este tipo en concreto de sociedades, se pretende evitar que los pequeños inversores, que se convierten en socios directos de la sociedad, puedan verse comprometidos en un proceso arbitral cuyo costo

investitori”, ob.cit., pág. 5; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 7.

³⁹⁰ COLANGELI, D., “Arbitrato societario: profili generali e limiti di ammissibilità”, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browsel_it_6050_resource_orig.doc, [fecha de consulta 28 febrero 2007], pág. 3; DANOVI, F., “L’arbitrato nella riforma del diritto processuale societario”, ob.cit., pág. 7; LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 3; STESURI, A., “Il nuovo arbitrato societario dopo la riforma del 2003”, en *Gli arbitrati societari*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pág. 142; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 2; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 8; BOGGIO, L., « Quale disciplina per l’arbitrato irrituale statutario ? », ob.cit., pág. 66.

sea desproporcionado respecto al valor del litigio y de su acción³⁹¹. Sostienen que el inversor que adquiere las acciones, normalmente a través de un intermediario, únicamente está interesado en los beneficios económicos que pueda obtener por su inversión y, por tanto, debería ser tratado como un consumidor, vinculado a un compromiso arbitral *ad hoc* solamente después de una suscripción expresa; con la consiguiente prohibición absoluta de recurrir al arbitraje mediante una cláusula compromisoria³⁹².

Esta opción del legislador italiano se sustenta sobre la creencia de que el arbitraje ofrece menos garantías que las que proporciona el proceso civil, con la consecuencia de que la vía arbitral se reserva para aquellos sujetos que no sólo la escojan libremente, sino que además estén en condiciones de afrontar *a priori* y de modo completo las consecuencias de merma de garantías que este procedimiento pueda acarrear. En cambio, consideran que este riesgo no existe cuando el sujeto pertenece o pretende formar parte de una sociedad de pequeñas dimensiones. En este caso, el tipo de inversión que realiza, la cual presupone frecuentemente la intención de participar activamente en la vida social, lo lleva a examinar las características de la estructura societaria a la que pretende pertenecer, de forma que sea consciente de la existencia de una cláusula arbitral y de sus consecuencias³⁹³.

La otra razón del legislador para excluir a las sociedades cotizadas de la regulación del arbitraje societario a través de una cláusula estatutaria, tal y como ya se puso en evidencia en líneas anteriores, consiste en que el pequeño accionista cuenta con un poder marginal respecto al que ostenta su contraparte. Este desequilibrio, que también puede existir en sociedades de menor tamaño, tiene mayor importancia en las sociedades con un accionariado difuso, en las cuales existe una diferencia considerable de poder entre unos pocos accionistas, que tienen en sus manos el control (generalmente

³⁹¹ GIAVARI, S., Tesi di Laurea Specialistica: *Il “nuovo” arbitrato societario e il regime della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 71.

³⁹² CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 5; CHIARLONI, S., “Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 1/2004, págs. 126 y ss; STESURI, A., “Il nuovo arbitrato societario dopo la riforma del 2003”, ob.cit., pág. 143; CAVALLINI, C., “La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: “prima lettura” del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179”, ob.cit., pág. 1449; GIAVARI, S., Tesi di Laurea Specialistica: *Il “nuovo” arbitrato societario e il regime della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 71.

³⁹³ MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, ob.cit., pág. 82.

a través de pactos parasociales), y la gran mayoría de pequeños inversores. Esta situación de desequilibrio ha inducido al legislador de la reforma a no consentir el recurso al arbitraje societario en este tipo de sociedades³⁹⁴.

A pesar de lo anterior, cierta parte de la doctrina defiende que el proceso arbitral presentaría grandes ventajas para las sociedades que cotizan en bolsa, principalmente por la rapidez o la celeridad de éste con respecto al procedimiento judicial, ya que la incertidumbre que generan estas controversias se refleja en los aspectos financieros de estas sociedades. Además sostienen que, en contraposición a los pequeños inversores, los grandes inversores son aquellos que adquieren una parte mayoritaria en la sociedad o una cantidad de acciones que les permite influenciar en la vida de ésta, por lo que no necesitan de esta particular protección, ya que cuentan con la competencia y los medios necesarios para hacer valer de forma adecuada sus intereses³⁹⁵.

Por esto, la mayoría de la doctrina sostiene que no les está vedado acudir al procedimiento arbitral general, es decir, mediante un compromiso arbitral (regulado por los artículos 806 y siguientes C.p.c.), con la desventaja de que, en el momento en el que surgiera el conflicto, sería muy difícil que se llegara a un acuerdo en el que todas las partes involucradas en el litigio accedieran a recurrir a esta vía. Pero otra parte de la doctrina está en contra de la posibilidad de permitir a las sociedades cotizadas recurrir al arbitraje mediante un compromiso arbitral regulado en la normativa general. Alegan que los criterios publicistas que rigen la nueva regulación arbitral se aplicarían para la pequeña sociedad, dispuesta a adecuarse a la cláusula arbitral y no así, en cambio, a la sociedad cotizada, que, incluso más que las otras, exige normas que reclaman transparencia, independencia del sujeto que nombra a los árbitros, así como publicidad de todas sus actividades, como es el depósito de la demanda de arbitraje³⁹⁶.

³⁹⁴ SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 9.

³⁹⁵ GIAVARI, S., Tesi di Laurea Specialistica: *Il “nuovo” arbitrato societario e il regime della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 72; DANOVI, F., “L’arbitrato nella riforma del diritto processuale societario”, ob.cit., pág. 7; STESURI, A., “Il nuovo arbitrato societario dopo la riforma del 2003”, ob.cit., págs. 142 y ss.; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 2; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., págs. 8 y ss.; BOGGIO, L., « Quale disciplina per l’arbitrato irrituale statutario ? », ob.cit., pág. 66.

³⁹⁶ SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, ob.cit., págs. 9 y ss.

No obstante todo lo anterior, ha habido ciertos comentarios de la doctrina en contra de esta postura legislativa que niega a las sociedades cotizadas acudir al arbitraje mediante una cláusula compromisoria inserta en sus estatutos, alegando que se falta al principio de igualdad y no discriminación del artículo 3 de la *Costituzione della Repubblica Italiana*. Hay quien defiende que habría sido más razonable regular la cláusula arbitral para las sociedades que cotizan en bolsa. Sostienen que los instrumentos financieros de estas sociedades son más fácilmente transmisibles que los de cualquiera de las sociedades cerradas; ya que, ya sean cotizadas o tengan sus acciones difundidas en una medida relevante, el público de los inversores está tutelado a través del aparato de información societaria. En estas circunstancias, la cláusula arbitral estatutaria será menos “peligrosa” en las sociedades cotizadas o con acciones ampliamente difundidas. Además de que hay que tener en cuenta el factor temporal, ya que las cuestiones que se resuelven a través de arbitraje normalmente requieren menos tiempo que el que se emplea en un proceso judicial. Y entre mayor es el tiempo necesario para resolver un conflicto, mayores son los efectos de incerteza, incluso para los terceros. Igualmente, quienes defienden esta postura consideran que esta distinción entre sociedades abiertas y cerradas es una especie de ficción legal, ya que en la práctica una sociedad puede pasar, varias veces incluso, de uno a otro tipo societario, con la consecuencia que tendría una cláusula arbitral válida e inválida, dependiendo del momento y de su adaptación a los parámetros fijados por un reglamento que también en cualquier momento puede cambiar³⁹⁷.

Pero a estos planteamientos se ha contestado que no existe tal diferencia de tratamiento o, si existe, es precisamente por las características propias de cada tipo societario. En las pequeñas o medianas sociedades a los socios sí les interesa tener un papel relevante en el funcionamiento de la sociedad, no así en las grandes sociedades, generalmente formadas por inversores institucionales que precisamente se dedican a invertir y no les interesa el funcionamiento interno de la sociedad³⁹⁸.

Además, es importante recalcar que la doctrina que apoya la exclusión de estas sociedades de la posibilidad de optar por el arbitraje a través de una cláusula estatutaria,

³⁹⁷ SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 6.

³⁹⁸ CHIARLONI, S., “Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo”, ob.cit., pág. 126.

no considera que haya habido tampoco exceso de poder del legislador delegado, como ha pretendido esta otra parte de la doctrina, ya que el artículo 12.3 L. 366/2001³⁹⁹ le atribuye la facultad de introducir nuevas normas en cuanto al arbitraje “para todas o algunas de las controversias societarias de acuerdo al apartado 1º”; por lo que escoger solamente algunas de estas controversias está dentro de los poderes atribuidos⁴⁰⁰.

Como se viene analizando, las sociedades que recurren al mercado de valores se definen como aquellas sociedades que emiten acciones en mercados reglamentados o aquellas que se encuentran difundidas entre el público en una “medida relevante”. Consideran que estas sociedades no pueden recurrir al arbitraje por la difusión del capital accionario, en las que hay un control y organización entre ellos muy escaso y con un desequilibrio entre los pequeños accionistas y los grupos organizados; por lo que debe ser la justicia estatal, a través de métodos “más imperativos”, la que se encargue de tutelarlos⁴⁰¹.

Por tanto, las sociedades que carecen de la facultad de incluir la cláusula arbitral en sus estatutos son únicamente las Sociedades por Acciones que coticen en bolsa, pudiendo incluirla en sus estatutos las Sociedades por Acciones que no coticen, las Sociedades de Responsabilidad Limitada, las Sociedades Cooperativas y en general las sociedades “cerradas”⁴⁰². El legislador lo que ha querido es asegurar la efectividad de la opción por el arbitraje, que no se daría cuando el socio asume la posición anónima y fungible del inversor⁴⁰³.

³⁹⁹ Artículo 12 Legge 3 ottobre 2001, n. 366: 3. *El gobierno puede prever la posibilidad que los estatutos de las sociedades comerciales tengan cláusulas compromisorias, incluso derogando los artículos 806 y 808 del Código de Procedimiento Civil, para todas o algunas de las controversias societarias de acuerdo al apartado 1. En el caso que la controversia verse sobre cuestiones que no pueden ser objeto de transacción, la cláusula compromisoria deberá referirse a un arbitraje de Derecho, restando excluido el juicio de equidad, y el laudo será impugnabile además por violación de la Ley.*

⁴⁰⁰ CHIARLONI, S., “Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo”, ob.cit., pág. 126.

⁴⁰¹ SALI, R., “Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale”, ob.cit., pág. 3; ARNÒ, G., IANNI, G., *La riforma del diritto societario. Commento alla legge delega 3 ottobre 2001*, ob.cit., pág. 23; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 6; SOLDATI, N., “La nuova clausola compromissoria statutaria”, ob.cit., pág. 3; ZABBAN, F., “L’incidenza della riforma del diritto societario sulle società quotate”, *Riunione di studio sulla riforma delle società*, en http://www.notarlex.it/riforma_approfondimenti_MI.jsp, Noviembre 2002-Marzo 2003, [fecha de consulta 29 mayo 2007], págs. 1 y ss.

⁴⁰² RICCI, E., “Il nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 3; BUONCORE, V., *La riforma delle società*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, págs. 11 y ss.

⁴⁰³ ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 10. El legislador pensó esta solución de conflictos para sociedades de pequeña o mediana dimensión,

En las pequeñas o medianas sociedades comerciales existe un ámbito mayor para el desarrollo de la autonomía de la voluntad y por tanto una “contractualización” del Derecho societario⁴⁰⁴. De esta forma los estatutos sociales se adaptarán más a las características y necesidades de los socios y, si se opta por una solución arbitral, se resolverán las controversias por un árbitro que, además de ser especialista en la materia, se adecuaría a los especiales requerimientos e intereses de la sociedad, como sería la confidencialidad de sus conflictos, algo de muy difícil o imposible realización en una sociedad de grandes dimensiones⁴⁰⁵.

En este contexto, la Sociedad de Responsabilidad Limitada se ha convertido en el modelo o sociedad por excelencia del tráfico jurídico⁴⁰⁶, principalmente por la limitación de la responsabilidad de sus miembros, la importancia de la autonomía de la voluntad y el carácter supletorio de la normativa legal en la organización interna de la sociedad⁴⁰⁷, siendo el medio idóneo para introducir una cláusula arbitral.

Así lo expresa también la Exposición de Motivos del *Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6*, al afirmar que este tipo societario se contempla por los operadores económicos como un instrumento caracterizado por una significativa y acentuada elasticidad y que, basado fundamentalmente sobre una consideración de la persona del socio y de sus relaciones personales, así como de su presencia y participación activa en la actividad social, es el medio ideal para las exigencias presentes en el ámbito del

diferentes a las sociedades cotizadas con un capital difuso. Se pone especial énfasis en el consentimiento, que se puede incluso presumir en una sociedad de dimensiones contenidas. MARZOLINI, P., RONCAROLO, CH., “La convenzione arbitrale dopo la riforma del diritto societario. Alcuni spunti pratici”, ob.cit., pág. 2. Pero hay quienes piensan que este razonamiento del legislador no es del todo cierto, ya que se parte de la base de que el arbitraje ofrece menos garantías para la tutela de los pequeños inversores que un proceso judicial, algo que no siempre es cierto. SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, ob.cit., págs. 8 y ss.

⁴⁰⁴ VELLA, F., “Diritto societario e modelli di sviluppo delle piccole e medie imprese italiane: quale rapporto?”, en *Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, dir. P. Benazzo, y otros, Associazione Disiano Preite, Il Mulino, Bologna, 2002, pág. 29.

⁴⁰⁵ TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 82.

⁴⁰⁶ En el 2003 el 80% de las empresas en Italia eran de pequeña/mediana dimensión y únicamente el 20% pertenecían al grupo de sociedades que cotizan en el mercado, por lo que esta normativa en realidad va orientada a regular posibles controversias en la amplia mayoría societaria italiana. RAGUSA MAGGIORE, G., *Trattato delle società*, Tomo II, CEDAM, Padova, 2003, pág. 46; MONTALENTI, P., “La riforma del diritto societario: appunti”, en *Le Società 12/2002*, pág. 1451.

⁴⁰⁷ FUSI, A., MAZZONE, D., *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata. Inquadramento sistematico e novità statutarie*, IPSOA Editore s.r.l., Milano, 2003, pág. 5.

sector de las pequeñas y medianas empresas, sin la rígida estructura organizativa de tipo corporativo requerido en cambio para las Sociedades Anónimas⁴⁰⁸.

1.3 El arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales

A) Preámbulo

Con la ayuda del análisis y resultados aportados por el estudio del Derecho societario y arbitral italiano en general, procederemos ahora a analizar el tema en concreto que nos ocupa: el arbitraje como método alternativo a la jurisdicción para resolver los conflictos de validez de un acuerdo social.

Para acotar esta materia y tener unos criterios más prácticos y claros en cuanto a si estamos o no frente a un acuerdo arbitrable, se hará una clasificación de los acuerdos sociales en nulos, anulables e inexistentes, y se analizarán las diversas posturas que se han adoptado en la doctrina y en la jurisprudencia a lo largo de los últimos años, teniendo en cuenta la reforma del Derecho societario italiano operada en el año 2003.

En general, tal y como desarrollaremos a continuación, la doctrina mayoritaria, apoyada por la jurisprudencia y con base a la nueva normativa, opta por considerar factible el arbitraje tanto de los acuerdos nulos como anulables, excluyendo solamente la impugnación mediante arbitraje de los acuerdos absolutamente nulos o inexistentes. Sostienen que en la medida en que los acuerdos son “sanables”, son disponibles y a través de este procedimiento se fomenta la estabilidad de los acuerdos sociales y la certeza requerida por el tráfico jurídico.

Sin embargo, aunque no existe ningún tipo de duda en cuanto a la arbitrabilidad de los acuerdos anulables, en el caso de los acuerdos nulos sí la hay, por lo que se prefiere un método de análisis particularizado en el que será necesario analizar caso por caso para distinguir el tipo de intereses afectados y los motivos de la impugnación, para determinar si se está ante una impugnación válidamente arbitrable o no.

⁴⁰⁸ Relazione al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, ob.cit., págs. 52 y ss.; ORLANDONI, M., “La società per azioni”, ob.cit., págs. 1 y ss.

B) La arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos de junta general nulos. Exclusión de la vía arbitral como alternativa a la jurisdicción para resolver la validez de los acuerdos absolutamente nulos o inexistentes

La distinción entre acuerdos nulos y anulables es indispensable para el análisis de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, máxime porque una de las principales posiciones doctrinales defiende que únicamente serán arbitrables los acuerdos anulables y no así los nulos⁴⁰⁹. Pero habría que hacer ciertas matizaciones y estudiar si en realidad ningún acuerdo nulo es arbitrable, o si únicamente pueden ser arbitrables los acuerdos anulables, o qué es lo que en realidad sucede con los acuerdos absolutamente nulos o inexistentes. Lo que sí puede afirmarse es que la indisponibilidad de los derechos como límite a la autonomía privada y, en este caso, como límite a la capacidad de comprometer en arbitraje, será por razones de orden público, siendo éste un elemento categórico de carácter general, así como esencial para la determinación casuística de su arbitrabilidad⁴¹⁰.

Para este análisis es importante tener en cuenta también que el Derecho societario cuenta con elementos especiales respecto al Derecho común en cuanto a la invalidez⁴¹¹. En él la nulidad representa la excepción y la regla general es la anulabilidad; además de la exigencia de una mayor estabilidad y certeza en la impugnación de acuerdos sociales que la requerida en el ámbito meramente negocial⁴¹².

⁴⁰⁹ BORIO, G., *L'arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 11; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., págs. 178 y ss.

⁴¹⁰ ALLOTI, V., "Clausola arbitrale statutaria", ob.cit., pág. 394.

⁴¹¹ En Derecho italiano existe una diferencia entre nulidad e inexistencia en la normativa societaria con respecto a la nulidad y anulabilidad propias del Derecho civil. Se equipara la inexistencia del Derecho societario a la nulidad ordinaria, siendo la nulidad societaria equiparable a una anulabilidad o nulidad relativa ya que es posible su sanación con el transcurso del tiempo. Esta medida es importante por los efectos que los acuerdos sociales tienen en un gran número de sujetos y el interés para su mantenimiento, en aras de la seguridad del tráfico. CALICE, E., "La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali", en *Rivista del Notariato. Rassegna di diritto e pratica notariale*, N°1/2005, pág. 53.

⁴¹² SANZO, S., "Articolo 2377. Annullabilità delle deliberazioni", en *La riforma del diritto italiano. Il nuovo diritto societario. D. Legs. 17 gennaio 2003, n.6; D. Legs. 17 gennaio 2003, n.5; D.Legs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, pág. 611. Afirma GALGANO que la empresa ya cuenta con la incertidumbre del mercado; si a ésta sumamos también la incertidumbre del Derecho la maximizamos, por lo que minimizar esta incertidumbre es deber de todo legislador. GALGANO, F., "Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie", ob.cit., pág. 9.

El sistema de nulidad de acuerdos sociales en Italia cuenta con una regulación general en el Código Civil para las Sociedades Anónimas (artículo 2379 C.c.), que se aplicará de igual forma para las Sociedades de Responsabilidad Limitada con las especialidades de ésta (artículo 2479-ter C.c.).

El artículo 2379 del Código Civil, regula la nulidad de los acuerdos sociales y dice así:

En los casos de falta de convocatoria para la junta, falta del acta o de imposibilidad o ilicitud del objeto del acuerdo podrá ser impugnado por cualquiera que tenga interés dentro de tres años de su inscripción o depósito en el Registro de la Empresa, si el acuerdo debe cumplir con estos requisitos, o de la transcripción en el Libro de Actas, si el acuerdo no está sujeto ni a inscripción ni a depósito. Pueden ser impugnados sin ningún límite de tiempo los acuerdos que modifiquen el objeto social previendo una actividad ilícita o imposible.

En los casos y en el plazo previsto en el apartado precedente la invalidez podrá ser acordada de oficio por el juez. De acuerdo con lo previsto en el primer apartado no se considera falta de convocatoria en el caso de irregularidad en su comunicación, si ésta viene de un miembro del órgano de administración o de vigilancia de la sociedad y es idóneo para autorizar a aquellos que tengan derecho de intervenir de ser oportunamente advertidos de la convocatoria y de la fecha de la asamblea. No se considera que falte el acta si contiene la fecha del acuerdo y su objeto y está firmada por el presidente de la junta, o por el presidente del consejo de administración o del consejo de vigilancia y el secretario o el notario. Se aplican, en cuanto compatibles, el apartado sexto y séptimo del artículo 2377.

Conforme al artículo antes transcrito, en las Sociedades Anónimas un acuerdo puede ser nulo con nulidad caducable o nulo de forma absoluta con la consiguiente ilimitación temporal para su alegación. En los primeros, la nulidad deberá ser alegada por cualquiera que tenga interés legítimo dentro de los tres años desde su inscripción o

depósito en el Registro de la Empresa, si el acuerdo es inscribible o, si no es inscribible, desde la transcripción en el Libro de Actas de la junta general⁴¹³.

En el caso de los acuerdos con nulidad caducable se hace una enunciación taxativa de las causas que pueden provocarla (artículo 2379 C.c.)⁴¹⁴. Esta taxatividad de los acuerdos nulos se ha incrementado con la reforma societaria del Derecho italiano, especialmente con el fin de restringir el ámbito de la inexistencia (o nulidad absoluta), circunscribiéndola únicamente a la modificación del objeto social que introduzca en ella una actividad ilícita o contraria al orden público⁴¹⁵.

Serán acuerdos nulos, con nulidad caducable, aquellos tomados con falta de convocatoria, falta del acta de la junta o por la imposibilidad o ilicitud del objeto del acuerdo. Pero es la misma Ley (artículo 2379 C.c.) la que además indica que no se considerarán nulos los acuerdos cuando la convocatoria haya sido hecha pero con irregularidades, en el sentido que haya sido convocada por el órgano de administración o de control de la sociedad y, a pesar de los errores que contenga, permita a los interesados darse por enterados de la convocatoria y de la fecha de la misma. El acta no se considerará que falta si tiene la fecha del acuerdo y su objeto, además de si está firmada por el presidente de la asamblea, o por el presidente del consejo de administración o del consejo de vigilancia y por el secretario, o por el notario.

En primer lugar, la falta de convocatoria de la asamblea provocará la nulidad del o los acuerdos así adoptados. La convocatoria está regulada en una norma imperativa, al igual que las demás normas que regulan el Derecho societario. Su especialidad radica en la finalidad de la convocatoria, es decir, la publicidad requerida para que todos los socios o interesados puedan conocer que se celebrará una asamblea y los puntos del orden del día (artículos 2363 y siguientes C.c.), limitando también de esta forma la

⁴¹³ IANNIELLO, B., *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, IPSOA Editore, Milano, 2003, pág. 201; RESCIO, A., “L’assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali”, *Riunioni di studio sulla riforma delle società*, en http://www.notarlex.it/riforma/approfondimenti_MI.jsp, Consiglio Notarile di Milano, Novembre 2002-Marzo 2003, [fecha de consulta 29 mayo 2007], pág. 24.

⁴¹⁴ GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, ob.cit., pág. 8; CALICE, E., “La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali”, ob.cit., pág. 28; Relazione al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, pág. 28.

⁴¹⁵ Relazione al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, pág. 28; IANNIELLO, B., *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, ob.cit., pág. 201.

competencia de los socios al momento de celebrar la asamblea únicamente a esta materia⁴¹⁶.

Pero aunque se califique el acuerdo como nulo en caso de falta de convocatoria, y en caso de nulidad exista una legitimación general para alegarla, no podrá ser alegada por quien no lo hizo constar al inicio de la asamblea, es decir, quien asintió a su desarrollo, en razón del principio de conservación de los actos jurídicos y con el fin de prevenir las acciones de *disturbo* o abuso de Derecho de alguna de las partes, que pretenden otros objetivos diferentes a la declaratoria de invalidez del acuerdo⁴¹⁷.

En segundo lugar, la falta de acta también provocará la nulidad del acuerdo social que, al igual que en el caso de la falta de convocatoria, acarrearía la falta de publicidad o información que se requiere para la validez del acuerdo. Se estaría ante un acuerdo que únicamente conocen los presentes, y salvo que se trate de una asamblea universal, no todos los socios lo conocerían, por lo que se crearía un estado de indefensión por las posibles implicaciones que este acuerdo tendría sobre sus acciones o intereses. No se habla solamente de los derechos de terceros que se verían afectados en caso de acuerdos que requieran la inscripción en el Registro de la Empresa, sino también de la necesidad de la constancia del acuerdo en el Libro de Actas, indispensable para cualquier información de los propios socios o incluso cualquier certificación o prueba⁴¹⁸.

La nulidad del acuerdo por falta del acta puede ser sanada mediante su posterior redacción, siempre y cuando ésta sea anterior a la siguiente asamblea. En este caso, el acuerdo tendrá efectos desde la fecha en la cual fue adoptado, quedando a salvo, como en todo, los derechos de los terceros de buena fe que ignoraban su existencia (artículo 2379-bis C.c.)⁴¹⁹. Es evidente que lo que se requiere es la constancia del acuerdo y si

⁴¹⁶ FERRARI, M., “Invalidità delle delibere assembleari: difetto di convocazione e abuso di potere”, en *Le Società*, n° 3/2008, IPSOA, Grupo Wolters Kluwer, Milano, pág. 309.

⁴¹⁷ CALICE, E., “La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali”, ob.cit., pág. 31; SANZO, S., “Articolo 2379. Nullità delle deliberazioni”, en *La riforma del diritto italiano. Il nuovo diritto societario. D. Legs. 17 gennaio 2003, n.6; D. Legs. 17 gennaio 2003, n.5; D.Legs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, págs. 657 y ss.

⁴¹⁸ SANZO, S., “Articolo 2379. Nullità delle deliberazioni”, ob.cit., págs. 657 y ss.

⁴¹⁹ Artículo 2379-bis del Código Civil italiano. *Eliminación de la causa de nulidad. La impugnación del acuerdo inválido por falta de convocatoria no puede ser ejercitada por quien sucesivamente haya declarado su consentimiento al desarrollo de la asamblea. La invalidez del acuerdo por falta del acta de*

este defecto puede ser sanado no existe inconveniente para desistir de la acción de nulidad.

Por último, también se consideran nulos con nulidad caducable los acuerdos sociales con objeto imposible o ilícito⁴²⁰. En el caso de ser ilícito el objeto del acuerdo deberá solicitarse, además de su nulidad, una acción en contra de los responsables e incluso en determinados asuntos habrá que acudir a la vía penal. Los acuerdos serán nulos no sólo cuando el objeto sobre el que la asamblea delibere sea imposible o contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, sino también cuando tenga un objeto lícito (por ejemplo, la aprobación del balance), pero con un contenido ilícito (aprobación de un balance falso)⁴²¹.

La gran mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, en este caso concreto de la impugnación del acuerdo que aprueba el balance (artículos 2423 y siguientes, 2478-*bis* C.c.)⁴²², niegan que se pueda arbitrar, ya que se trata de materia indisponible por el

la junta puede ser sanada mediante su posterior redacción antes de la junta sucesiva. El acuerdo tendrá efectos desde la fecha en el que fue tomado, dejando a salvo, los derechos de terceros que de buena fe ignoraban el acuerdo.

⁴²⁰ Las Sociedades de Responsabilidad Limitada tienen cierta especialidad en esta materia, aplicando de forma complementaria, en cuanto compatible, las normas que regulan a la Sociedad Anónima. Existe la posibilidad de tomar acuerdos sociales sin necesidad de asamblea, cuando así se prevea en los estatutos, estando la asamblea de socios reservada para la modificación del acto constitutivo o para el cambio del objeto social, o cuando así lo solicite cualquiera de los administradores o al menos $\frac{1}{3}$ del capital social (artículos 2479 y ss C.c.). Esta es una diferencia que hace que el sistema de nulidades sea diferente para este tipo societario. Serán por tanto nulos los acuerdos cuyo objeto sea ilícito o imposible o aquellos adoptados en ausencia de todo tipo de información, y podrán ser impugnados por cualquiera que tenga interés dentro de los tres años posteriores a la transcripción en el Libro de Actas (artículo 2479-ter C.c.). BUONCORE, V., *La riforma delle società*, ob.cit., pág. 81; RIVOLTA, G., “Introduzione a un dibattito sulla nuova società a responsabilità limitata”, en *I quaderni della Rivista di diritto civile. Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, dir. G. Cian, CEDAM, Padova, 2004, págs. 309 y ss.; AA.VV., “Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.”, Approvato dalla Commissione studi d’impresa el 28 gennaio 2005, Studio n. 5489/I, en http://www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti/Società/5489, [fecha de consulta 8 agosto 2006], pág. 6.

⁴²¹ CALICE, E., “La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali”, ob.cit., pág. 28. GALGANO defiende que un balance falso constituye un delito, por lo que su impugnación no puede ser objeto de arbitraje; pero algo distinto es el arbitraje aceptando la falsedad del balance como causa de invalidez del acuerdo que ha aprobado el balance mismo. No se tratará en este segundo caso de determinar si es o no un delito, sino que si se está o no en presencia de un acuerdo inválido, porque ha aprobado un balance no correspondiente con la realidad, que ha violado el principio de veracidad. GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, ob.cit., pág. 10; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 218; SOTTORIVA, C., “Chiarezza e precisione del bilancio ed effetti della declaratoria di nullità di delibera assembleare di approvazione”, en *Le Società*, n° 2/2008, pág. 154.

⁴²² Existen pronunciamientos Cass.civ.sez I, 23 febbraio 2005, n. 3772, y Trib. Milano 7.2.2002, in Giur.it. 2002, 1014, que defienden la indisponibilidad de los derechos atinentes a la regularidad del procedimiento de aprobación del balance de acuerdo a los principios de claridad, veracidad y rectitud; mientras que el Trib. Milano 10.1.2000, in Giur.it. 2000, 1239 sí los considera como derechos

socio individual y porque es necesario que contemple una información objetiva e imparcial en beneficio de todos los socios, los acreedores y en general del mercado (artículo 2423 C.c.)⁴²³.

En cuanto a la nulidad absoluta o inexistencia, únicamente se dará cuando el acuerdo modifique el objeto social previendo una actividad ilícita o imposible, contraria al orden público (artículos 2379 y 2479-ter C.c.)⁴²⁴. No se trata de imposibilidad o ilicitud del objeto del acuerdo específico (como por ejemplo la aprobación de un balance falso y la disposición de distribución de utilidades ficticias), sino de acuerdos que proponen a la sociedad seguir un nuevo y diverso objeto social. Solamente éstos serán los acuerdos inexistentes, sin adquirir relevancia jurídica y los eventuales efectos que produzcan serán sólo de hecho. En cualquier momento, cualquiera que tenga un interés legítimo, podrá solicitar que se declare esta nulidad o determinarla así de oficio el juez⁴²⁵.

No es posible subsanar o convalidar los acuerdos nulos absolutos o inexistentes, ya que un acuerdo de estas características es incapaz de producir efectos, como sí es el caso de los nulos o anulables que producen efectos aunque sea de una forma precaria. Se excluyen por tanto totalmente de la disponibilidad de las partes este tipo de acuerdos y se consideran absolutamente inarbitrables⁴²⁶.

disponibles. WEIGMANN, M., “L’arbitrabilità delle controversie”, ob.cit., pág. 3; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 218.

⁴²³ ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 922; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 84; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 89; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 87 y ss.; PESCATORE, S., “La società per azioni”, en *La riforma del diritto societario. Commento al D. Leg. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, dir. V. Buonocore, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pág. 103; STESURI, A., *Gli arbitrati societari*, ob.cit., pág. 135; GIRARDI, C., MENGOZZI, A., “I limiti dell’arbitrato nelle controversie societarie”, ob.cit., pág. 235. Tribunale di Bari, Sez. IV, 21 Giugno 2007, n. 1643.

⁴²⁴ CALICE, E., “La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali”, ob.cit., pág. 43; SANZO, S., “Articolo 2379. Nullità delle deliberazioni”, ob.cit., pág. 652.

⁴²⁵ PIAZZA, G., “Il regime delle “invalidità” delle delibere assembleari (prime riflessioni di un civilista)”, en *I quaderni della Rivista di diritto civile. Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, dir. G. Cian, CEDAM, Padova, 2004, págs. 292 y ss.

⁴²⁶ MALTONI, M., *Invalidità e ineficacia delle delibere assembleari. Effetti sull’organizzazione societaria*, ob.cit., pág. 25; PIAZZA, G., “Il regime delle “invalidità” delle delibere assembleari (prime riflessioni di un civilista)”, ob.cit., pág. 286.

C) La arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos anulables

Los acuerdos anulables reúnen todos los elementos necesarios para ser considerados como disponibles: existe la posibilidad de convalidación, el juez puede otorgar un plazo para la subsanación del acuerdo, así como existe un derecho a resarcimiento si no se cumple con los requisitos para poder impugnar, viendo el afectado satisfecho su interés al menos pecuniariamente (artículos 2377, 2378 y 2479-ter C.c.).

En las Sociedades Anónimas serán anulables los acuerdos que no sean susceptibles de incluirse en los supuestos de nulidad, en particular aquellos que infrinjan la Ley o los estatutos (artículo 2377 C.c.), así como los que beneficien a uno o varios socios o terceros, en perjuicio del interés social o de otros socios (artículo 2373 C.c.)⁴²⁷, además de cuando la mayoría ha sido alcanzada mediante votos inválidos por vicios de la voluntad: dolo, violencia, error o incapacidad de representación (artículos 1427 y siguientes y 2372 C.c.)⁴²⁸.

El artículo 2377 del Código Civil, que regula la anulabilidad de los acuerdos sociales dice:

Los acuerdos que no se tomen de conformidad con la Ley o los estatutos pueden ser impugnados por los socios ausentes, disidentes o que se hayan abstenido, por los administradores, el consejo de vigilancia y por el colegio sindical. La impugnación puede ser propuesta por los socios que posean acciones con derecho de voto con referencia al acuerdo que representen, incluso de forma conjunta, el uno por mil del capital social de las sociedades cotizadas y el cinco por ciento en las otras; los estatutos pueden reducir o excluir este requisito. Para la impugnación de los acuerdos

⁴²⁷ Artículo 2373 Código Civil italiano: *(Conflicto de intereses). El acuerdo aprobado con el voto determinante de socios que tengan, por cuenta propia o de terceros, un interés en conflicto con el de la sociedad es impugnable de acuerdo al artículo 2377 si acaso pudiera provocarle un daño. Los administradores no pueden votar en los acuerdos concernientes a su propia responsabilidad. Los miembros del consejo de administración no pueden votar en los acuerdos concernientes al nombramiento, la revocación o la responsabilidad de los consejeros de vigilancia.*

⁴²⁸ AULETTA, G., SALANITRO, N., *Diritto Commerciale*, Giuffrè Editore, Milano, 1977, pág. 169; IANNIELLO, B., *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, ob.cit., pág. 201.

de juntas especiales este porcentaje se refiere al capital representado por las acciones de esa categoría.

Los socios que no representen la parte del capital indicada en el apartado anterior y aquellos que, en cuanto privados del derecho de voto, no estén legitimados para impugnar tienen derecho al resarcimiento del daño a ellos causado por la no conformidad del acuerdo con la Ley o los estatutos.

El acuerdo no podrá anularse: 1) por la participación en la asamblea de personas no legitimadas, salvo que tal participación haya sido determinante para la válida constitución de la asamblea de acuerdo con los artículos 2368 y 2369; 2) por la invalidez de votos individuales o por error en su cálculo, salvo que el voto inválido o el error en el conteo haya sido determinante para alcanzar la mayoría requerida; 3) por ser el acta incompleta o inexacta, salvo que impida la verificación del contenido, de los efectos y de la validez del acuerdo.

La impugnación o la demanda de resarcimiento del daño se deberán interponer dentro de los noventa días desde la fecha del acuerdo, o bien, si el acuerdo está sujeto a inscripción en el Registro de la Empresa, dentro de tres meses desde la inscripción o, si está sujeta solamente a depósito ante la oficina del Registro de la Empresa, dentro de los tres meses de la fecha de ésta.

La anulación del acuerdo tiene efectos respecto a todos los socios y obliga a los administradores, al consejo de vigilancia y al consejo de administración a tomar las medidas pertinentes sobre la propia responsabilidad. En cualquier caso quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe por los actos realizados en ejecución del acuerdo.

La anulación del acuerdo no podrá tener lugar, si el acuerdo impugnado es sustituido por otro tomado de acuerdo con la Ley y los estatutos. En tal caso el juez resolverá sobre las costas del proceso, poniéndolas a cargo de la sociedad, y sobre el resarcimiento del eventual daño. Quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros de acuerdo con el acuerdo sustituido.

Serán impugnables los acuerdos sólo si el socio o socios ausentes, disidentes o que se hayan abstenido representan el 1/1000 del capital en las sociedades cotizadas y el 5% del capital en el resto de sociedades, aunque los estatutos sociales pueden reducir o excluir estos requisitos. Si los interesados no alcanzan ese porcentaje tendrán derecho al resarcimiento del daño por la no conformidad del acuerdo con la Ley o los estatutos⁴²⁹.

El resarcimiento del daño causado a los socios por un acuerdo social, como remedio para compensar la pérdida de la posibilidad de impugnación, tiene como fin equilibrar los derechos de los afectados con la estabilidad de los acuerdos sociales querida y protegida por el legislador (artículo 2377 C.c.)⁴³⁰. De esta forma todos los socios, se hayan o no favorecido con el acuerdo, se verán de una u otra forma beneficiados⁴³¹. Si ha habido abuso de la mayoría, deberá satisfacer los intereses de la minoría afectada⁴³², ya que aunque el acuerdo haya sido adoptado de forma válida, no puede tenerse como válido para la minoría y, optando por el resarcimiento, consideran que los socios minoritarios ven también satisfecho su interés y se elimina el interés legítimo necesario para impugnar⁴³³.

Esta limitación a la posibilidad de impugnación de acuerdos anulables a una cuota calificada de capital social se establece con el fin de evitar los inconvenientes, que la experiencia ha demostrado, de impugnaciones con fines meramente chantajistas (acciones de *disturbo*)⁴³⁴. De esta forma, el derecho de impugnación ha pasado de ser un derecho individual, a un poder respecto a una cuota del capital social⁴³⁵; buscando

⁴²⁹ PESCATORE, S., “La società per azioni”, ob.cit., pág. 57; MONTALENTI, P., “La riforma del diritto societario: appunti”, ob.cit., pág. 1451.

⁴³⁰ CALICE, E., “La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali”, ob.cit., pág. 43; D’ALESSANDRO, F., “La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori”, en *I quaderni della Rivista di diritto civile. Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, dir. G. Cian, CEDAM, Padova, 2004, pág. 456; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, ob.cit., pág. 2; COLANGELI, D., “Arbitrato societario profili generali e limiti di ammissibilità”, ob.cit., pág. 2.

⁴³¹ SANDULLI, M., “Governance”, ob.cit., pág. 9.

⁴³² Se diferencia el abuso del exceso de poder. El primero se tiene como un límite negativo a las prerrogativas de la asamblea, es decir, no perseguir únicamente una finalidad extrasocial, en otras palabras contraria al interés social; y el segundo, el exceso de poder, se tiene como un límite positivo, que protege el acuerdo en el ámbito del interés social pero con violación de derechos del socio individual no disponibles por la mayoría. Tribunale di Lucca- Pres. G. Giuntoli, Estensoro F. Terrusi –Sentenza 3 novembre 2004, 11 gennaio 2005.

⁴³³ LA MARCA, E., “L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari”, en *Il diritto privato oggi*, dir. P. Cendon, Giuffrè Editore, Milano, 2004, págs. 28 y ss.; FERRARI, M., “Invalidità delle delibere assembleari: difetto di convocazione e abuso di potere”, ob.cit., págs. 308 y ss.

⁴³⁴ Relazione al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, pág. 28.

⁴³⁵ BUONCORE, V., *La riforma delle società*, ob.cit., pág. 25.

impedir el uso instrumental de la impugnación por parte de socios con una participación infinitesimal, que produciría una reacción desproporcionada con respecto al interés lesionado alentando, tal y como se decía, intolerables abusos⁴³⁶.

El legislador italiano no ha privado a los socios que no representen la parte del capital requerida para la impugnación de un acuerdo anulable de todo tipo de tutela; sino que ha sustituido la tutela real (anulación del acuerdo) por la tutela resarcitoria⁴³⁷, con la especificación de que, por la tipología del daño acarreado por el acuerdo, debe ser un daño al socio individual y no a la sociedad⁴³⁸.

Podrán optar por la vía de la anulación de un acuerdo social mediante arbitraje, los socios que alcancen el 5% del capital social en el caso de Sociedades Anónimas que no coticen en bolsa, además de los administradores, el consejo de vigilancia y el *colegio sindacale*. Los administradores tendrán legitimación individual para la impugnación de acuerdos anulables, pero no así los miembros del consejo de vigilancia o del colegio sindical, que deberán hacerlo a través de un acuerdo tomado de forma colegial.

No podrá ser impugnado un acuerdo alegando su anulabilidad cuando sea por la participación en la asamblea de una persona no legitimada, salvo que la participación haya sido determinante para la constitución regular de la asamblea; ni por la invalidez de un voto o por su cálculo errado, salvo que el voto inválido o el error de cálculo haya sido determinante para alcanzar la mayoría requerida. Tampoco podrá ser impugnado un acuerdo alegando anulabilidad por ser incompleta o inexacta el acta, salvo que impida la verificación del contenido, de los efectos o de la validez del acuerdo⁴³⁹.

⁴³⁶ IANNIELLO, B., *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, ob.cit., pág. 53.

⁴³⁷ Hay autores que definen este sistema como indemnizatorio más que resarcitorio en sentido estricto, teniendo en cuenta que el legislador de la Reforma ha hecho una valoración comparativa de los intereses en juego –intereses de la sociedad a la estabilidad del acuerdo, intereses del socio individual perjudicado por su ejecución– y ha puesto a cargo de quien obtiene beneficio de la estabilidad del acuerdo, la obligación de compensar las consecuencias económicas negativas sufridas por estos socios. PIAZZA, G., “Il regime delle “invalidità” delle delibere assembleari (prime riflessioni di un civilista)”, ob.cit., pág. 289.

⁴³⁸ AFFERNI, V., “Invalidità degli atti societari. Rimedi reali e risarcitori”, ob.cit., págs. 136 y ss.

⁴³⁹ PESCATORE, S., “La società per azioni”, ob.cit., pág. 58; SANZO, S., “Articolo 2377. Annullabilità delle deliberazioni”, ob.cit., pág. 614; IANNIELLO, B., *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, ob.cit., pág. 201.

El acuerdo que se pretende anular debe ser impugnado dentro de los 90 días a partir del día en que se adoptó el acuerdo, y si está sujeto a inscripción o depósito deberá serlo dentro de los tres meses desde ésta. Tendrá efectos frente a todos los socios, los administradores, el consejo de vigilancia y el consejo de administración, los cuales deberán tomar las medidas necesarias en relación con la propia responsabilidad. En ningún caso se verán afectados los terceros de buena fe (artículo 2377 C.c.).

En las Sociedades de Responsabilidad Limitada, las decisiones de los socios que no hayan sido tomadas de conformidad con la Ley o con el acto constitutivo podrán ser impugnadas por los socios que no hayan consentido, por cualquier administrador o por el colegio sindical, dentro de los tres meses desde su transcripción en el Libro de acuerdos sociales. Serán anulables los acuerdos tomados con la participación determinante de socios que tienen, por cuenta propia o de terceros, un interés en conflicto con el de la sociedad, provocándole un daño a ésta (artículo 2479-ter C.c.). La conservación del acuerdo o la decisión de los socios tienen un papel muy importante, por lo que el Tribunal podrá asignar un plazo, no superior a seis meses, para la adopción de una nueva decisión idónea para eliminar la causa de invalidez⁴⁴⁰.

También serán anulables aquellos acuerdos que generen controversia entre los socios y la sociedad en cuanto a la interpretación o aplicación de normas que disciplinan derechos disponibles, como serían aquellos sobre la titularidad de la cuota o del derecho de intervención en la junta general, o del ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores⁴⁴¹.

No hay duda que la acción social de responsabilidad contra los administradores sociales puede ser sometida a arbitraje (artículos 2393 y 2476 C.c.)⁴⁴², ya que se trata de

⁴⁴⁰ IANNIELLO, B., *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, ob.cit., pág. 201.

⁴⁴¹ AMBROSINI, R., “Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari”, ob.cit., pág. 1611; MAMMONE, G., *L'arbitrato*, Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2003, pág. 29.

⁴⁴² Artículo 2393 Código Civil italiano: (*Acción social de responsabilidad*). *La acción de responsabilidad contra los administradores se promueve en base a un acuerdo de la junta, incluso si la sociedad está en liquidación. El acuerdo concerniente a la responsabilidad de los administradores puede ser tomado con ocasión de la discusión del balance, incluso si no está indicado en el elenco de las materias a tratar, cuando se trate de hechos de competencia del ejercicio al cual se refiere el balance. La acción puede ser ejercitada dentro de cinco años de la cesación del administrador del cargo. El acuerdo de la acción de responsabilidad comporta la revocación de la función de los administradores contra los cuales ha sido propuesta, con tal que sea acordada con el voto favorable de al menos un quinto del capital social. En*

materia disponible así establecida por Ley⁴⁴³. La sociedad puede transigir o renunciar a ella siempre y cuando en la Sociedad Anónima se tome un acuerdo expreso en la asamblea y no exista una oposición de 1/5 del capital social en las sociedades cerradas o de 1/20 del capital en las sociedades cotizadas, o del porcentaje previsto en los estatutos sociales para su ejercicio por los socios (artículo 2393-bis C.c.)⁴⁴⁴. En el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada podrá arbitrarse cuando sea aprobado el acuerdo

este caso la junta misma se hará cargo de su sustitución. La sociedad puede renunciar al ejercicio de la acción de responsabilidad y puede transigir, con tal que la renuncia y la transacción sean aprobadas a través de un acuerdo expreso de la junta, y con tal que no exista el voto contrario de una minoría de socios que representen al menos un quinto del capital social o, en las sociedades cotizadas, al menos un veintésimo del capital social, o bien el porcentaje previsto en los estatutos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad de acuerdo a los apartados primero y segundo del artículo 2393-bis.

Artículo 2476 Código Civil italiano: *(Responsabilidad de los administradores y control de los socios). Los administradores son solidariamente responsables con respecto a la sociedad de los daños derivados de la inobservancia de los deberes a ellos impuestos por la Ley y por el acto constitutivo para la administración de la sociedad. Sin embargo la responsabilidad no se extiende a aquellos que demuestren estar exentos de culpa y, teniendo conocimiento que el acto se iba a concluir, hayan hecho constar el propio desacuerdo. (...) La acción de responsabilidad contra los administradores es promovida por cada socio, el cual puede también solicitar, en caso de grave irregularidad en la gestión de la sociedad, que sea adoptada una medida cautelar de revocación de los mismos administradores. (...) Salvo disposición diversa del acto constitutivo, la acción de responsabilidad contra los administradores puede ser objeto de renuncia o transacción por parte de la sociedad, con tal que consienta una mayoría de socios que representen al menos dos tercios del capital social y con tal que no se opongan tantos socios que representen al menos un décimo del capital social. (...).*

⁴⁴³ Tribunale di Napoli, settima sezione civile, Sentenza n. 8894, 25 ottobre 2006, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browse_it_5646_resource_orig.doc, [fecha de consulta 28 febrero 2007]; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 7. Esta normativa se aplica de forma análoga al caso de los liquidadores y *sindaci* (artículos 2276 y 2407 C.c.), porque si existe una cláusula estatutaria de arbitraje (artículo 34.4 D. Leg. 5/2003) en la que se permita someter a arbitraje todas las controversias relacionadas con los administradores, los liquidadores y los *sindaci*, bien en contra o promovidas por ellos, se verán vinculados desde la aceptación de su cargo. MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, ob.cit., pág. 81; DALMOTTO, E., “L’azione di responsabilità contro gli amministratori della società per azioi (artt. 2393 e 2393 bis c.c. novellati dal D. Lgs. n. 6 del 2003)”, en [http://www.judicium.org/news/ins_08_09_04/\(Dalmotto-ult.\)art.html](http://www.judicium.org/news/ins_08_09_04/(Dalmotto-ult.)art.html), 8 setiembre 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007], pág. 9; GIRARDI, C., MENGIOZZI, A., “I limiti dell’arbitrato nelle controversie societarie”, ob.cit., pág. 239. Tribunal di Bolona, 25 maggio 2005, in Giur. It., 2006, 1640.

⁴⁴⁴ Artículo 2393-bis Código Civil italiano: *(Acción social de responsabilidad ejercitada por los socios). La acción social de responsabilidad puede ser ejercitada también por los socios que representen al menos un quinto del capital social o el porcentaje previsto en los estatutos, no superior a un tercio. En las sociedades cotizadas, la acción del apartado anterior puede ser ejercitada por los socios que representen un veintésimo del capital social o el menor porcentaje previsto en los estatutos. La sociedad debe ser llamada a juicio y el acto de citación debe ser a ella notificado en la persona del presidente del colegio sindical. Los socios que intentan promover la acción nombrarán, por mayoría del capital poseído, uno o más representantes comunes para el ejercicio de la acción y para el cumplimiento de los actos consecuentes. En caso de acogimiento de la demanda, la sociedad reembolsará a los actores los gastos del juicio y aquellos soportados en la verificación de los hechos que el juez no haya puesto a cargo del perdedor o que no sea posible recuperar después de su ejecución. Los socios que han accionado pueden renunciar a la acción o transigir; cualquier compensación por la renuncia o transacción debe ir en ventaja de la sociedad. Se aplica a la acción prevista por el presente artículo el último apartado del artículo precedente.*

por una mayoría que represente $\frac{2}{3}$ del capital social y mientras no se oponga una minoría que represente $\frac{1}{10}$ del capital social⁴⁴⁵.

Es necesario recordar que la renuncia o transacción para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores debe ser expresa; y la razón de ser de esta posibilidad radica en reconocer el derecho de veto a los poseedores de un porcentaje del capital social igual a aquél requerido para promover la acción social de minoría⁴⁴⁶.

Todo lo anterior será válido sin afectar los intereses y la acción de los acreedores sociales, del socio singular o del tercero directamente afectado por los actos dolosos o culposos del administrador (artículo 2395 C.c.)⁴⁴⁷. Hay que dejar a salvo los actos que vayan en contra del orden público o que constituyan ilícitos penales relevantes (artículo 2409 C.c.)⁴⁴⁸, ya que es totalmente incompatible con el arbitraje la participación del Ministerio Público (artículos 70 C.p.c. y 34.5 D. Leg. 5/2003), donde el interés tutelado es de orden público y general⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ DALMOTTO, E., “L’azione di responsabilità contro gli amministratori della società per azioi (artt. 2393 e 2393 bis c.c. novellati dal D. Lgs. n. 6 del 2003)”, ob.cit., págs. 5 y ss.

⁴⁴⁶ DALMOTTO, E., “L’azione di responsabilità contro gli amministratori della società per azioi (artt. 2393 e 2393 bis c.c. novellati dal D. Lgs. n. 6 del 2003)”, ob.cit., págs. 20 y ss.

⁴⁴⁷ ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 927; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 86; MAMMONE, G., *L’arbitrato*, ob.cit., pág. 29.

⁴⁴⁸ Dentro de los ilícitos penales relativos a las sociedades comerciales en los que debe participar el Ministerio Público se encuentran la falsedad en el balance o en cualquiera de las otras comunicaciones previstas en la Ley dirigidas a los socios o al público que expongan hechos materiales que no correspondan con la realidad, idóneos a inducir a error a los destinatarios sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad, con la intención de engañar, o cuando omitan con igual intención información sobre la situación de la misma, etc.; la formación ficticia del capital, consistente en el hecho de que los administradores y/o los socios que, incluso en parte, formen o aumenten ficticiamente el capital de la sociedad mediante sobrevaloración de las aportaciones *in natura*, de créditos o del patrimonio de la sociedad en caso de transformación, etc.; la repartición ilegal de las utilidades y de la reserva, consistente en el hecho de los administradores que reparten utilidades o anticipos sobre las utilidades no efectivamente conseguidos o destinados por Ley a la reserva, entre otros. ARNÒ, G., IANNI, G., “La riforma del diritto societario. *Commento alla legge delega 3 ottobre 2001*”, ob.cit., págs. 106 y ss.; GIAMPIETRO, S., “La riforma del diritto penale societario”, en <http://www.dirittoegiustiziaonline.it/penale/riforma.1.htm>, [fecha de consulta 1 de febrero 2007], págs. 1 y ss.

⁴⁴⁹ TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 88; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 99 y ss.

D) Posiciones doctrinales a favor y en contra de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales

Aunque la legislación, la jurisprudencia y la doctrina⁴⁵⁰ admiten el arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales en general (artículos 35.5 y 36.1 D. Leg. 5/2003), se han hecho varias clasificaciones en torno a la factibilidad de acudir a esta vía alternativa a la jurisdicción estatal.

Unos hacen la clasificación en cuanto a que el objeto del litigio sean intereses de naturaleza individual o social⁴⁵¹. Otros se basan en el criterio de nulidad y de anulabilidad; mientras que otros aceptan el arbitraje, no importa el tipo de acuerdo, siempre y cuando se sometan a las normas de orden público y se respete el Derecho imperativo⁴⁵². Esta clasificación no ha variado mucho tras la reforma del Derecho societario operada en el año 2003⁴⁵³, si bien es cierto que existe una tendencia más favorable al arbitraje⁴⁵⁴.

La primera posición afirma que cuando la controversia verse sobre intereses de naturaleza social, común de los socios, no es posible el arbitraje, como sería el caso de la impugnación del balance o el nombramiento de los liquidadores⁴⁵⁵. Cuando se afecta

⁴⁵⁰ ROVELLI, L., "L'arbitrato delle società", ob.cit., pág. 920; WEIGMANN, M., "L'arbitrabilità delle controversie", ob.cit., pág. 6; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., "L'arbitrato societario", ob.cit., pág. 2.

⁴⁵¹ Antes de la reforma del Derecho societario se enfatizaba en la clasificación de la arbitrabilidad de los acuerdos sociales dependiendo de los intereses que afectara. Si se trataba de intereses de naturaleza general, que tutelaban normas de orden público o que afectaran a terceros se consideraban no arbitrables; mientras que se consideraban arbitrables aquellos que únicamente afectaran intereses individuales de los socios. BERNINI, G., *L'arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, ob.cit., págs. 268 y ss.; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 85; MIRABELLI, G., GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 155; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 87.

⁴⁵² MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., pág. 10; BOVE, M., "L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune", ob.cit., pág. 7.

⁴⁵³ MAMMONE, G., *L'arbitrato*, ob.cit., pág. 30; BORIO, G., *L'arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 11.

⁴⁵⁴ MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., pág. 9.

⁴⁵⁵ MIRABELLI, G.; GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., págs. 155 y ss.; TEDOLDI, A., "Le questione pregiudiziali di nullità nell'arbitrato rituale: dall'art. 819 c.p.c. all'arbitrato societario (art. 35, 3º comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5)", ob.cit., pág. 22; BERNINI, G., "L'arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali", ob.cit., págs. 268 y ss.; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., págs. 85 y ss.; ZOPPINI, A., "I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario", ob.cit., pág. 4; Tribunale di Biella ord. 15 gennaio 2005. G. Des. Drssa. Eleonora Reggiani en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivo/342.htm>.

el interés social, aunque se perjudiquen intereses individuales de los socios, la impugnación estará fundamentada en la violación de normas que tutelan intereses colectivos, excluyendo de esta forma el arbitraje⁴⁵⁶. Pero en el caso de los derechos que tutelan intereses individuales de un socio, serán disponibles y por tanto comprometibles, como por ejemplo el haber sido un socio ilegítimamente privado del derecho de voto.

El criterio que se sigue aquí para distinguir entre acuerdos sociales impugnables mediante arbitraje de los que no lo son, resulta de la disponibilidad o indisponibilidad del derecho que con la impugnación el ordenamiento ha intentado tutelar. De esta forma se entienden no arbitrables las impugnaciones de los acuerdos sociales cuando sean por un vicio en la constitución de la asamblea, tales como la inobservancia del quórum constitutivo o deliberativo de acuerdo con la Ley o los estatutos sociales, en vista que las disposiciones relativas al funcionamiento y a la validez de los acuerdos están orientadas al interés social, trascendiendo los intereses de los socios e intentando tutelar también intereses públicos y de terceros, para el buen funcionamiento del ente societario y del tráfico jurídico⁴⁵⁷.

En resumen, la posibilidad o no de poder someter al cauce arbitral la impugnación de un acuerdo social radica en la disponibilidad o no del derecho tutelado por parte de quien esté legitimado para ejercitar la acción, y este derecho no será disponible en cuanto afecte intereses de la sociedad y no únicamente los suyos propios, como el derecho de información o la participación en la asamblea⁴⁵⁸.

La segunda perspectiva se basa en la diferencia entre los intereses afectados en caso de acuerdos nulos o anulables, aunque en el fondo cuenta con el mismo

[fecha de consulta 26 febrero 2007]; Tribunale di Modena, Pres. E. Salvatore, relatore E. Bruschetta, 12 maggio 2004, en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/147-tmo-eb-12-05-04.htm>, [fecha de consulta 26 febrero 2007]; GIRARDI, C., MENGIOZZI, A., “I limiti dell’arbitrato nelle controversie societarie”, ob.cit., pág. 238.

⁴⁵⁶ ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 921; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 85 y ss.; SCHIZZEROTTO, G., *Dell’arbitrato*, ob.cit., págs. 101 y ss.

⁴⁵⁷ AMBROSINI, R., “Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari”, ob.cit., pág. 1611.

⁴⁵⁸ ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 8; Tribunale di Mantova. Sezione II. Dott. A. Dell’Aringa, Presidente, Dott. M., Bernardini, Giudice relatore, Dott. Laura De Simone, Giudice. Sentenza del 16 gennaio 2003, en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/tm-16-01-03.htm>, [fecha de consulta 26 febrero 2007]; CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, ob.cit., pág. 1134.

razonamiento que el enfoque anterior⁴⁵⁹. La violación de las normas (la Ley o los estatutos) que afecten únicamente el interés de un socio o de un grupo de socios sin afectar el interés social, produce la anulabilidad de los acuerdos sociales (artículo 2377 C.c.). Mientras que habrá nulidad en caso de imposibilidad o ilicitud del objeto del acuerdo afectando el interés general, sin ser posible su convalidación y por tanto fuera de la libre disposición de las partes (artículo 2379 C.c.)⁴⁶⁰.

Solamente será posible acudir a un arbitraje en aquellos casos en los que estén en juego intereses personales de los socios plenamente disponibles (comprometibles), y no cuando se trate de situaciones jurídicas que afecten intereses no ya personales de un socio, sino que afecten elementos relevantes de la sociedad⁴⁶¹. Las controversias que pueden formar objeto de un arbitraje serán aquellas relativas a posiciones jurídicas subjetivas de las que sus titulares pueden disponer, es decir que estén legitimados para realizar actos que impliquen la transferencia, la limitación o la renuncia de estos derechos⁴⁶².

De acuerdo a esta segunda postura, se ha considerado que debería permitirse el arbitraje únicamente en caso de acuerdos anulables, no así en el caso de acuerdos nulos⁴⁶³. Otro criterio que se utiliza para fundamentar esta posición es la legitimación para impugnar un acuerdo social. En el caso de los acuerdos anulables esta estará restringida, mientras que en los acuerdos nulos existe una legitimación general para impugnar a cualquiera que tenga un interés legítimo. Consideran que esta legitimación general constituye un indicador de la indisponibilidad de la vía para impugnar, por suponer que de esta forma se encuentran tutelados los derechos de todos los que puedan

⁴⁵⁹ ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 5.

⁴⁶⁰ ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 921; AULETTA, G., SALANITRO, N., *Diritto Commerciale*, ob.cit., pág. 169; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 89, 178 y ss.; RICCI, E., “Il nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 3.

⁴⁶¹ ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 922; en el mismo sentido, BERNINI, G., *L’arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, ob.cit., pág. 269; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 87; BORIO, G., *L’arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 11; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 190; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 11.

⁴⁶² STESURI, A., “Il nuovo arbitrato societario dopo la riforma del 2003”, ob.cit., pág. 147; Tribunale di Verona, 15 marzo 2005 (ord.). Est. Mirenda, en <http://www.anfverona.it>, [fecha de consulta 28 junio 2006].

⁴⁶³ AMBROSINI, R., “Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari”, ob.cit., pág. 1611; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 190.

tener algún tipo de interés⁴⁶⁴. También a través de la subsanación o de la convalidación se busca mantener el acuerdo al eliminar el vicio que lo afecta, adoptando un acuerdo conforme a la Ley y a los estatutos o por el transcurso del tiempo; para evitar, en lo posible, el mayor número de inconvenientes para la sociedad, los socios y los terceros (artículos 2377, 2379-*bis* y 2479-*ter* C.c.)⁴⁶⁵. Se ha encontrado así un equilibrio entre los antagonistas intereses en juego: de un lado la aspiración de la sociedad a la estabilidad de sus propios acuerdos, estrechamente conectado con la exigencia del mercado de certeza de los asuntos jurídicos y, del otro lado, el interés del socio individual a no sufrir perjuicio por la ilegalidad del acuerdo social⁴⁶⁶. En esta materia subsiste una disponibilidad de los efectos del procedimiento deliberativo inválido y un poder de enmienda del mismo⁴⁶⁷.

Por ejemplo, en los casos de nulidad de un acuerdo de aumento o reducción de capital no podrá solicitarse cuando hayan transcurrido 180 días desde su inscripción en el Registro de la Empresa; o en el caso de falta de convocatoria transcurridos 90 días de la aprobación del balance del ejercicio del curso en el que el acuerdo haya sido, aunque sea parcialmente, ejecutado (artículo 2379-*ter* C.c.)⁴⁶⁸. Este caso se repite cuando una acción de nulidad o anulabilidad se pretenda ejercitar en contra de un acuerdo que aprueba el balance después que se haya aprobado el balance sucesivo (artículo 2434-*bis* C.c.)⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ MERONE, A., “La compromettibilità in arbitri delle impugnazioni di deliberi assembleari. (Il testo del provvedimento qui commentato –TRIBUNALE DI Lucca del 11.01.2005, è reperibile nella rubrica “L’esperienza del proceso societario””, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, [fecha de consulta 29 junio 2006], pág. 2.

⁴⁶⁵ ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 9; D’ALESSANDRO, F., “La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori”, ob.cit., pág. 456; Corte d’Appello di Brescia, Sezione prima civile. Sentenza del giorno 6 novembre 2002, en <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/cbs-06-11-02.htm>, [fecha de consulta 26 febrero 2007].

⁴⁶⁶ PIAZZA, G., “Il regime delle “invalidità” delle delibere assembleari (prime riflessioni di un civilista)”, pág. 284.

⁴⁶⁷ ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 9. Tras la reforma, se ha visto ampliada la materia arbitrable a todas aquellas controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales que sean “convalidables”, por la disponibilidad de la materia. Pero no serán comprometibles las acciones de nulidad de un acuerdo por imposibilidad o ilicitud del objeto, por la indisponibilidad de las partes de disponer sobre esta materia. CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 7; CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, ob.cit., pág. 1138.

⁴⁶⁸ MONTALENTI, P., “La riforma del diritto societario: appunti”, ob.cit., pág. 1451.

⁴⁶⁹ SANDULLI, M., “Governance”, ob.cit., pág. 11.

Por otra parte, el tercer punto de vista acepta el arbitraje no importa el tipo de vicio, siempre y cuando se desarrolle conforme a Derecho (artículo 36.1 D. Leg. 5/2003)⁴⁷⁰, y se respeten las normas imperativas y de orden público. Esta postura recoge la posibilidad de optar por una vía procedimental alternativa a la judicial, en la cual el encargado de resolver la litis lo deberá hacer de la misma manera, no importa la vía escogida⁴⁷¹.

Tras la reforma del Derecho societario estas posiciones en cuanto a favorecer o no el arbitraje como medio válido para resolver las impugnaciones de acuerdos sociales han sufrido transformaciones. La primera postura no ha variado mucho. En la doctrina esta era una de las posiciones más fuertes antes de dicha reforma y se ha mantenido en su mayoría, salvo algunos autores y cierta jurisprudencia que hacen una interpretación más favorable al arbitraje⁴⁷².

En cuanto a la segunda posición, en la que la doctrina se presenta en contra de la arbitrabilidad de los acuerdos nulos⁴⁷³, existe una jurisprudencia reciente que acepta el arbitraje incluso en los casos de nulidad, basando su razonamiento en la diferencia entre la razón de ser del arbitraje y de la transacción. Consideran que no es posible una transacción que verse sobre la nulidad del propio contrato, ya que la nulidad afecta a las recíprocas concesiones hechas por las partes y por tanto la transacción también sería nula (artículo 1972 C.c.). En cambio, en el arbitraje es diferente. Los árbitros son los llamados a determinar la nulidad y, en todo caso, cuentan con un control judicial a través de la posibilidad de la impugnación del laudo. Por tanto, si los derechos sobre los que versa el convenio son disponibles (artículo 34.1 D. Leg. 5/2003) y tienen su razón

⁴⁷⁰ GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, ob.cit., pág. 10.

⁴⁷¹ BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, ob.cit., págs. 16 y ss.; Tribunale di Napoli, Sentenza n.8894, 25 ottobre 2006, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browser_it_5646_resource_orig.doc, [fecha de consulta 28 febrero 2007]; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 7; CAPPONI, B., “Arbitrato e giurisdizione”, ob.cit., pág. 7; GIAVARI, S., Tesi di Laurea Specialistica: *Il “nuovo” arbitrato societario e il regime della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 56.

⁴⁷² BORIO, G., *L’arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 11; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., págs. 84 y ss.; MAMMONE, G., *L’arbitrato*, ob.cit., pág. 30; MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., págs. 9 y ss.; WEIGMANN, M., “L’arbitrabilità delle controversie”, ob.cit., pág. 6; Tribunale di Napoli, Sentenza n.8894, 25 ottobre 2006, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browser_it_5646_resource_orig.doc, [fecha de consulta 28 febrero 2007].

⁴⁷³ CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., págs. 84 y ss.; BERNINI, G., *L’arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, ob.cit., págs. 268 y ss.; MAMMONE, G., *L’arbitrato*, ob.cit., pág. 30.

de ser en la actividad social, la violación de normas imperativas, que constituye el objeto de la demanda, no es excluyente de la competencia arbitral⁴⁷⁴. Esta corriente favorable al arbitraje exige que éste únicamente sea conforme a Derecho⁴⁷⁵.

Para terminar, en los últimos años, los partidarios de la tercera postura continúan con una política favorable al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, sin distinción entre acuerdos nulos y anulables, siempre y cuando se salvaguarden ciertas garantías, tanto procesales como de fondo, para asegurar la protección del tráfico jurídico. Se permitirá optar por el arbitraje para la resolución de impugnaciones de acuerdos sociales siempre y cuando se haya previsto esta posibilidad en los estatutos de la sociedad (artículo 35.5 D. Leg. 5/2003), no se vean afectados terceros ajenos a él, se respeten los principios procesales de contradicción y defensa, y el laudo sea siempre impugnable⁴⁷⁶.

Pero a pesar de todo este análisis, no existe una regla, sino que en los casos de nulidad habrá que analizar caso por caso, no sólo el objeto de la impugnación sino que, sobre todo, las razones de la impugnación y los intereses en juego, para poder determinar si estamos frente a un acuerdo arbitrable o no⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ CABRAS, G., “Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario”, en <http://dircomm.it/2003/n.6.03/01.html>, giugno 2003, [fecha de consulta 10 febrero 2005], pág. 4.

⁴⁷⁵ CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 18; FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 201; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 87; COLANGELI, D., “Clausola compromissoria: natura e questioni problematiche”, ob.cit., pág. 4. Esta postura se ha ido poco a poco afianzando en parte de la doctrina y considera que los acuerdos nulos “sanables” también son arbitrables, persiguiendo un reforzamiento de la certeza jurídica y de la estabilidad de los acuerdos sociales, delimitando aún más el campo de la anulabilidad, y dejando fuera de esta posibilidad únicamente los acuerdos inexistentes por imposibilidad o ilicitud de su objeto. CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, ob.cit., pág. 1137.

⁴⁷⁶ WEIGMANN, M., “L’arbitrabilità delle controversie”, ob.cit., pág. 6; MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., págs. 9 y ss.; BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, ob.cit., págs. 17 y ss.; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 7.

⁴⁷⁷ ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 394; CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, ob.cit., pág. 1135.

E) Breve referencia al procedimiento arbitral para la impugnación de acuerdos sociales

Cuando las partes han establecido en los estatutos sociales una cláusula arbitral, se regirán por los artículos 34 y siguientes del *Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n° 5*, y no por el Código Procesal Civil que será la normativa supletoria y que se aplicaría en el arbitraje pactado mediante un compromiso adoptado para el caso concreto (artículos 806 y siguientes C.p.c.).

Este procedimiento establece, además de las normas a seguir, una serie de garantías para la sociedad, los socios y los posibles terceros que pudieran verse afectados.

En primer lugar, la nueva normativa societaria (artículo 34.2 D. Leg. 5/2003) incentiva el arbitraje institucional al establecer, de forma obligatoria, que el nombramiento de los árbitros deba ser llevado a cabo por un tercero ajeno a la sociedad, y si este no lo hiciera, por el presidente del Tribunal del lugar en el que la sociedad tenga su domicilio⁴⁷⁸. En principio esto parece imparcialidad simplemente, pero en definitiva solamente una institución arbitral sería capaz de asegurar el nombramiento de los árbitros en el momento oportuno, siendo muy difícil que esta tarea pueda ser confiada a una persona física⁴⁷⁹.

En segundo lugar, se asegura la publicidad de la demanda arbitral para los otros socios que no sean parte del proceso y que pudieran verse afectados por él⁴⁸⁰; ordenando

⁴⁷⁸ SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., págs. 4 y ss.; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 10; SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, ob.cit., pág. 1.

⁴⁷⁹ CABRAS, G., “Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario”, ob.cit., pág. 7. El arbitraje institucional o “administrado”, a diferencia del arbitraje *ad hoc*, garantiza la organización del proceso así como la imparcialidad e independencia de los árbitros y la transparencia requerida. AZZALI, S., “Arbitrato amministrato”, en *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, dir. A. Buonfrate y Ch. Giovannucci, Capítulo V, UTET, http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1290/645253/FILENAME/SA_Utet_2006.pdf, [fecha de consulta 29 marzo 2007], págs. 49 y ss.

⁴⁸⁰ SASSANI, B., TISCINI, R., “Il nuovo processo societario”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo_html, 27 enero 2003, [fecha de consulta 5 febrero 2007], págs. 26 y ss.

el depósito de la demanda en el Registro de la Empresa (artículo 35.1 D. Leg. 5/2003)⁴⁸¹.

Aquí es importante hacer la distinción entre la intervención voluntaria de los terceros⁴⁸² y la intervención obligatoria o coactiva de los socios a instancia de parte o del juez, que para este efecto sería el árbitro (artículos 105, 106 y 107 C.p.c.). La razón de ser de esta diferencia radica en que únicamente pueden ser obligados a participar en un proceso arbitral, renunciando al juez, quienes están vinculados por una cláusula arbitral, no así a los terceros extraños a ese acuerdo; pero permitiéndoles a estos últimos participar si así lo consideran conveniente⁴⁸³.

La intervención voluntaria de terceros en el proceso arbitral está limitada temporalmente, es decir, es permitida hasta antes de la primera audiencia (artículo 35.2 D. Leg. 5/2003)⁴⁸⁴. Si existe intervención de terceros o de otros socios, el término para dictar el laudo (180 días) empezará a correr a partir de la última aceptación para intervenir en el proceso (artículo 820 C.p.c.).

En tercer lugar, los árbitros están autorizados para conocer *incidenter tantum* de cuestiones no comprometibles (artículo 35.3 D. Leg. 5/2003)⁴⁸⁵, derogando el artículo

⁴⁸¹ STESURI, A., “Il nuovo arbitrato societario dopo la riforma del 2003”, ob.cit., pág. 172; LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 13; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 7; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 19.

⁴⁸² Por terceros se debe entender no sólo aquellos que no son parte del procedimiento ya iniciado, como es obvio, si también aquellos que no están vinculados por la cláusula compromisorio societaria, a la cual se adherirán con su intervención. CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 13.

⁴⁸³ DANOVI, F., “L’arbitrato nella riforma del diritto processuale societario”, ob.cit., pág. 15; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 8; CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 13; ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Collegamento negoziale e arbitrato”, en <http://www.judicium.it>, 31 enero 2008, [fecha de consulta 13 marzo 2008], pág. 20.

⁴⁸⁴ En un procedimiento arbitral, normalmente, la primera audiencia es en realidad la segunda o la tercera; es decir, será aquella en la que las partes intervengan directamente para el interrogatorio o para intentar una conciliación. La primera audiencia generalmente se dedica a la constitución del tribunal arbitral y a la fijación del calendario de actividades, así como para el depósito de documentación. SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 8.

⁴⁸⁵ CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 8; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 5; ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Collegamento negoziale e arbitrato”, ob.cit., pág. 21.

819, apartado primero C.p.c.⁴⁸⁶, que ordena la suspensión del proceso por parte del árbitro cuando surja una cuestión que por Ley no puede ser objeto de arbitraje⁴⁸⁷.

En cuanto a las medidas cautelares, no se excluye la tutela judicial, por lo que aunque un proceso arbitral, ritual o informal, se esté llevando a cabo, las partes pueden acudir al juez (que habría sido competente en el proceso jurisdiccional) a solicitar las medidas cautelares pertinentes (artículo 669-*quinquies* C.p.c.)⁴⁸⁸. De esta manera los jueces colaboran con el desarrollo del proceso arbitral, manteniendo la competencia para dictar medidas cautelares incluso cuando un arbitraje esté en curso y especialmente cuando éste esté en proceso de formación, con el fin de garantizar el derecho de defensa de las partes en todas las fases del procedimiento (artículos 818 C.p.c. y 35 D. Leg. 5/2003)⁴⁸⁹.

A pesar de lo anterior, el artículo 35.5 del D. Leg. 5/2003 concede a los árbitros el poder de administrar medidas cautelares con el fin de evitar interferencias innecesarias con la autoridad judicial⁴⁹⁰. Pero este poder cautelar se ciñe únicamente a la

⁴⁸⁶ Relazione al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n.5, pag. 7. A pesar de esto, tras la reforma operada en el Código Procesal Civil italiano por el Decreto Legislativo n° 40/2006, el actual artículo 819-*bis*, apartado 1°, n. 2), prevé la suspensión necesaria del proceso arbitral “si surge alguna cuestión prejudicial sobre materia que no puede ser objeto de un convenio arbitral y por Ley debe ser decidida con la autoridad de cosa juzgada”. BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 6.

⁴⁸⁷ Las cuestiones no comprometibles son aquellas cuestiones de nulidad del contrato o del negocio jurídico en el cual se encuentra la cláusula arbitral. Estas cuestiones son siempre prejudiciales porque el juez o el árbitro están llamados a determinar la posible nulidad del contrato, incluso de oficio, y éstas no constituyen los antecedentes de la decisión, sino que podrían incluso llegar a constituir el objeto de un proceso autónomo. TEDOLDI, A., “Le questioni pregiudiziali di nullità nell’arbitrato rituale: dall’art. 819 c.p.c. all’arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5)”, ob.cit., págs. 1 y ss.

⁴⁸⁸ BRIGUGLIO, A., “Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 15/01/2003, [fecha de consulta 28 junio 2006]; PERAGO, C., “La sospensiva delle delibere nelle società di persone tra potere cautelare dell’a.g.o. e dell’arbitrato”, en http://www.judicium.it/news/ins_17_09_04/peragoArbitratoSoc.html, 17 setiembre 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007], pág. 2.

⁴⁸⁹ MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., pág. 12; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 84; LIBERIO, C., “Delibera di acquisto di azioni proprie: poteri cautelari di sospensione e possibilità di recesso del socio”, en http://www.judicium.it/news/ins_19_01_06/Liberio%20proc.%20soc..html, 19 enero 2006, [fecha de consulta 2 febrero 2007], págs. 1 y ss.; También ver Tribunal di Verona –Sezione quarta civile- 12 aprile 2005 –Est. Dr. Pier Paolo Lanni- B. S.p.a. e altri., en http://www.judicium.it/news/ins_19_01_06/correlata%20liberio.html, 19 enero 2005, [fecha de consulta 2 febrero 2007], pág. 3; GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, ob.cit., pág. 10.

⁴⁹⁰ Con esta norma se ha querido evitar la intromisión de la autoridad judicial en el campo de la impugnación de acuerdos sociales, ya que la petición de suspensión del acuerdo es usualmente solicitada con la acción de impugnación. SASSANI, B., TISCINI, R., “Il nuovo processo societario”, ob.cit., pág. 28; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 9.

suspensión de la eficacia de los acuerdos sociales (artículo 2378 C.c.)⁴⁹¹, manteniendo el juez competencia sobre eventuales medidas coercitivas que sean necesarias para ello (artículo 669-*quinquies* C.p.c.)⁴⁹².

Por último, los árbitros deberán, en el arbitraje de impugnación de acuerdos sociales así como cuando deban conocer sobre cuestiones no comprometibles, dictar un laudo conforme a Derecho y éste será siempre impugnabile, sin importar cualquier renuncia hecha por las partes (artículo 35.3 D. Leg. 5/2003) e incluso cuando la cláusula compromisoria autorice a los árbitros a resolver conforme a criterios de equidad o con laudo no impugnabile (artículo 36.1 D. Leg. 5/2003)⁴⁹³; con el fin de tutelar la aplicación de las normas imperativas que componen casi en su totalidad esta materia⁴⁹⁴. Y en cuanto a su eficacia, el laudo tendrá efectos frente a la sociedad, a todos sus socios y a los terceros que libremente han intervenido en el proceso en defensa de sus derechos, aunque no de los terceros en general (artículo 35.4 D. Leg. 5/2003)⁴⁹⁵.

El laudo dictado en un arbitraje ritual podrá ser impugnado conforme a los artículos 827 y siguientes C.p.c.; y en caso de ser un laudo dictado en un arbitraje *irrituale* no podrá ser impugnado ante la Corte de apelación, por sus características propias, pero podrá ser anulado por el juez competente de acuerdo a las reglas procesales generales⁴⁹⁶.

El arbitraje será nulo cuando, entre otros motivos, los árbitros no han sido nombrados en la forma y el modo previstos; el laudo ha sido pronunciado fuera del

⁴⁹¹ PERAGO, C., “La sospensiva delle delibere nelle società di persone tra potere cautelare dell’a.g.o. e dell’arbitrato”, ob.cit., págs. 2 y ss.; CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, ob.cit., pág. 1141; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 20.

⁴⁹² BORIO, G., *L’arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 14; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 87; MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., pág. 12.

⁴⁹³ ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 387; SASSANI, B., TISCINI, R., “Il nuovo processo societario”, ob.cit., pág. 27; RICCI, E., “Il nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 7; BOVE, M., “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, ob.cit., pág. 6; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 10; GIAVARI, S., *Tesi di Laurea Specialistica: Il “nuovo” arbitrato societario e il regime della clausola compromissoria*, ob.cit., págs. 57 y ss.

⁴⁹⁴ GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, ob.cit., pág. 10.

⁴⁹⁵ DANOVI, F., “L’arbitrato nella riforma del diritto processuale societario”, ob.cit., pág. 17; VILLANI, M., “L’arbitrato in materia societaria”, ob.cit.

⁴⁹⁶ BOSSI, A., “L’impugnazione di lodo di fronte alla Corte di Appello di Milano”, en <http://www.mi.camcom.it/show.jsp?page=647345>, [fecha de consulta 28 enero 2009], pág. 2.

plazo, por quién no era competente para ello, sin los requisitos establecidos en la Ley o sobre materias que no estaban sometidas a este proceso. También podrá ser impugnado si no se ha observado el principio de contradictorio. La parte que ha provocado dicha nulidad, o que ha renunciado a la posibilidad de solicitarla o no ha ejercitado su derecho en el momento procesal oportuno, no puede impugnar el laudo⁴⁹⁷.

La impugnación por violación de la aplicación de las reglas de Derecho relativas al fondo del asunto será admitida si ha sido expresamente dispuesta por las partes o por la Ley; y siempre será admitida la impugnación de la decisión por ser contraria al orden público. La impugnación por violación de las reglas de Derecho será también siempre admitida si ésta afecta a la solución de cuestiones prejudiciales sobre materia que no puede ser objeto del convenio arbitral (artículo 829 C.p.c.).

El artículo 830 C.p.c., regula la impugnación por nulidad del laudo y establece como órgano competente para conocerla a la Corte de apelación. Si ésta acoge la impugnación, podrá declarar la nulidad del laudo en su totalidad o si el vicio incide solamente sobre una parte del laudo que sea separable de la otra, declarará la nulidad parcial del laudo⁴⁹⁸.

La Corte de apelación lo que podrá revisar es la correcta aplicación de las normas de Derecho aplicables, tanto procesales como de Derecho material, y no el fondo del asunto ni la interpretación que los árbitros hayan hecho de la voluntad de las partes o del convenio arbitral, ya que los únicos competentes para ello son los árbitros por el principio de *Kompetenz-Kompetenz* que rige los procesos arbitrales⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ BOSSI, A., “L’impugnazione di lodo di fronte alla Corte di Appello di Milano”, ob.cit., págs. 4 y ss.

⁴⁹⁸ AA.VV., “L’impugnazione del lodo arbitrale. Gli strumenti offerti dall’ordinamento per dar certezza ai rapporti giuridici”, en <http://appinter.com.csm.it/incontri/relaz/7134.pdf>, [fecha de consulta 28 de enero 2009], págs. 22 y ss.

⁴⁹⁹ BOSSI, A., “L’impugnazione di lodo di fronte alla Corte di Appello di Milano”, ob.cit., págs. 4 y ss.

2. El ordenamiento francés y su legislación favorable al arbitraje comercial

2.1 Preámbulo

Tal y como adelantamos en el título de este epígrafe, el Derecho francés ha sido históricamente favorable al procedimiento arbitral como medio para resolver los conflictos mercantiles⁵⁰⁰.

Ya desde el año 1560 se regulaba el arbitraje forzoso para resolver las diferencias entre comerciantes, los conflictos de herencias entre parientes o para las cuentas de tutela o administración. Poco más de un siglo después, en el año 1673 se suprime la obligatoriedad del arbitraje para los procesos entre parientes, no así para resolver las controversias entre asociados⁵⁰¹, la cual se mantendrá hasta finales del siglo XIX cuando se elimina el arbitraje forzoso y se establece que todas las disputas entre socios, por razón de la sociedad, serán de conocimiento de los tribunales de comercio⁵⁰².

Tras esta reforma, únicamente se podía optar por un convenio arbitral en un conflicto actual y no a través de una cláusula compromisoria, ya que era considerada una cláusula de estilo sin ninguna garantía para las partes de un conflicto⁵⁰³.

Pero en el año 1925 se vuelve a admitir la legalidad de la cláusula arbitral, aunque esta vez únicamente en materia comercial, remitiendo los otros asuntos al procedimiento arbitral que tenga su causa en un compromiso acordado para el caso concreto. Con esta novedad se modifica la última parte del artículo 631 del *Code de Commerce* (en adelante C.com.), con los consiguientes cambios en el Código Procesal Civil y en el Código Civil en favor de esta institución; poniendo en evidencia que la

⁵⁰⁰ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 148. A lo largo de toda su obra defiende que es posible el arbitraje en materia de impugnación de acuerdos de junta general, en la que el árbitro debe sancionar el uso abusivo del Derecho o la violación de una norma de orden público o imperativa.

⁵⁰¹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 146; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 386 y ss.

⁵⁰² ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 5; AAVV, « Rédaction des statuts et anticipation des risques de conflits », ob.cit., pág. 9.

⁵⁰³ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 6 y ss.; RUDLER, J., *La clause compromissoire et l'arbitrage civil*, ob.cit., págs. 9 y ss.

búsqueda de una solución a las controversias intrasocietarias mediante arbitraje en el Derecho francés no constituye en realidad ninguna invención⁵⁰⁴.

Actualmente, el arbitraje está regulado en los artículos 2059 y siguientes del *Code Civil* (en adelante C.civ.). El aspecto procesal lo sistematiza el Libro IV del *Nouveau Code de Procédure Civile* (en adelante NCPC), además de los artículos L721-3 y siguientes del *Code de Commerce*, los cuales establecen de forma taxativa la materia competencia de los tribunales de comercio, que será la única legalmente permitida para ser objeto de una cláusula arbitral.

A pesar del gran número de reformas que ha sufrido esta materia, hoy en día, en Francia las normas que autorizan someter a arbitraje los litigios relativos a las sociedades comerciales se han mantenido⁵⁰⁵. La última reforma, a través de la *Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 art. 2 Journal Officiel du 9 juin 2006*, ha modificado los artículos L411-4 a L411-7 del *Code de l'organisation judiciaire*, que se habían reformado por la *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, que a su vez había modificado el artículo 631 del *Code de Commerce*.

Se estudiará la regulación del arbitraje societario en el Derecho francés principalmente por su importancia y proximidad geográfica con España. Pero se advierte que en el estudio comparativo del Derecho francés no se hará un análisis tan pormenorizado de este tema como se ha hecho en el Derecho italiano debido, en primer lugar, a que es una normativa que no ha presentado, ni en la doctrina ni en la

⁵⁰⁴ CREMADES, J., “Cuatro lustros de la Ley francesa de Arbitraje Comercial Internacional”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n°1/2001, págs. 15 y ss.; BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 43; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 6 y ss.; MOTULSKY, H., *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, ob.cit., pág. 29; JARROSSON, CH., « La clause compromissoire (art. 2061 C.civ.) », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage. Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage*, Paris, 1992, págs. 259 y ss.; Actualmente también cuenta con un gran apoyo doctrinal, jurisprudencial y político, y como ejemplo de esto último, el discurso de JACQUES CHIRAC, en el Congreso n° 94 de Notarios de Francia en el que afirmó que “*Il s'agit en effet, plus encore que la médiation ou la conciliation, qui n'ont aucun caractère obligatoire, d'un moyen particulièrement efficace de prévenir et de résoudre les litiges. Son développement constitue sans nul doute l'une des voies à privilégier si nous voulons éviter que le tout judiciaire prenne le dessus*». Les Annonces de la Seine, Lundi 25 mai 1998, n° 37, en http://www.arbitrage.org/fr/publications/cr_discours_19990421.pdf.

⁵⁰⁵ En Bélgica se ha suprimido, incluso, la regla de la inarbitrabilidad de las materias que afecten el orden público, así como la idea que contraponía el arbitraje con materias “sensibles”, como la societaria. CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 142 y ss.

jurisprudencia, la polémica, como tampoco el tratamiento tan exhaustivo, que sí ha tenido y sigue teniendo en el Derecho italiano; y, en segundo lugar, porque es más bien un ordenamiento que presenta una escasa riqueza de matices en este tema en concreto.

Además, el Código de Comercio francés de 2001 configuró un sistema de impugnación de acuerdos sociales simplificado con muy limitados supuestos de nulidad en cuanto sean modificativos de los estatutos; y para el resto de acuerdos sociales la nulidad sólo puede resultar de la violación de normas imperativas societarias o contractuales, con una amplia posibilidad de regularización de los acuerdos y con un único plazo de prescripción de 3 años.

En este apartado se estudiarán los diferentes tipos de acuerdos sociales que podrán arbitrarse, la postura uniforme de la doctrina y la jurisprudencia favorable al arbitraje y se hará, tal y como se hizo en el Derecho italiano, una breve referencia al procedimiento que será necesario seguir para solicitar la impugnación de un acuerdo social ante un árbitro.

2.2 El arbitraje societario y la cláusula compromisoria

Tras este breve preámbulo que nos ha servido para ubicarnos en el contexto legislativo francés, nos percatamos de que no existe ningún tipo de limitación para el arbitraje intrasocietario (artículo L721-3 C.com.), e incluso se acepta expresamente que, de forma general, la impugnación de los acuerdos sociales puede someterse a arbitraje, así como las acciones encaminadas a la disolución de la sociedad y a su liquidación (artículo L721-5 C.com).

Es importante tener en cuenta, en el análisis de estas normas, que el reenvío legal de esta materia a los tribunales de comercio no excluye el arbitraje, ya que el mismo artículo L721-3 C.com. autoriza expresamente recurrir a esta vía alternativa a la jurisdicción, tratándose únicamente de una regla de reparto de competencias en el seno del Poder Judicial⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 61; JARROSSON, CH., « La clause compromissoire (art. 2061 C.civ.) », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité*

El artículo L721-3 del Código de comercio francés, expresamente dice:

Los tribunales de comercio conocen:

1° De las cuestiones relativas a los contratos entre comerciantes, entre establecimientos de crédito o entre ellos;

2° De aquellas relativas a las Sociedades comerciales;

3° De aquellas relativas a los actos de comercio entre todas las personas.

Sin embargo, las partes pueden, al momento de contratar, convenir someter a arbitraje los conflictos arriba enumerados.

Y el artículo L721-5 del Código de comercio dice:

En contravención con el apartado segundo del artículo L721-3 y bajo reserva de la competencia de las jurisdicciones disciplinarias y no obstante toda disposición en contra, los tribunales civiles son los únicos competentes para conocer de las acciones judiciales en las que una de las partes es una Sociedad constituida conforme a la Ley n° 90-1258 de 31 diciembre 1990 relativa al ejercicio bajo la forma de Sociedad de profesionales liberales sometidos a un estatuto legislativo o reglamentario o donde el título está protegido, así como los conflictos que surjan entre socios de una Sociedad de este tipo.

No obstante, los socios pueden acordar, en los estatutos, someter a árbitros las controversias que puedan ocurrir entre ellos por razón de su Sociedad.

En este orden de ideas, aunque el legislador francés no establece la cláusula arbitral como la única vía posible para acceder a esta forma alternativa de resolución de conflictos en materia societaria, se ha considerado por parte de la doctrina como la única vía posible para la solución de las controversias intrasocietarias, ya que lograr que

Français de l'arbitrage. Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage, Paris, 1992, págs. 259 y ss.; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 165 y ss. y 220.

las partes en cuestión acepten un compromiso arbitral en el momento en el que el conflicto se encuentra latente presentaría un sinnúmero de inconvenientes⁵⁰⁷.

A pesar de lo anterior, en cuanto a la acción social de responsabilidad contra los administradores o los miembros del consejo de vigilancia, existe una prohibición expresa de cualquier cláusula que establezca, como requisito previo a su ejercicio, la autorización por parte de la asamblea o la posibilidad de que pueda renunciarse previamente a ella (artículos L225-253 y L225-257 C.com.)⁵⁰⁸. Esto ha planteado en parte de la doctrina el interrogante de la validez de una cláusula compromisoria suscrita con anterioridad al surgimiento del conflicto, pero sin poner, en cambio, ningún reparo si se opta por el compromiso arbitral *ad hoc*. Esta postura se fundamenta en la concepción del arbitraje como renuncia a derechos, algo objetado por la gran mayoría de la doctrina. Pero a pesar de esto, el fin de la norma es prohibir a las partes la renuncia anticipada a una acción, y en el arbitraje no se renuncia a la acción, sino que se trata de acudir a otra vía, alternativa a la judicial, para llevar a cabo dicha acción⁵⁰⁹.

En cuanto al tipo de sociedades que pueden contener una cláusula arbitral, parte de la doctrina considera factible y deseable su introducción solamente en las sociedades de pequeñas dimensiones, pero no en aquellas de mayor tamaño. De hecho, la jurisprudencia francesa considera que el socio inversor en las grandes sociedades, en cuanto la inversión no es un acto propio de su actividad profesional, es un consumidor de productos financieros, de ahí que merece una protección especial por parte del ordenamiento en el Derecho interno⁵¹⁰. Pero, a pesar de lo anterior, otros sostienen que

⁵⁰⁷ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 368.

⁵⁰⁸ Artículo L225-253 Código de Comercio francés. *Se tendrá por no puesta cualquier cláusula de los estatutos que tenga por efecto subordinar el ejercicio de la acción social al acuerdo o a la autorización previa de la junta general, o que comporte la renuncia por adelantado al ejercicio de tal acción. Ninguna decisión de la junta general podrá tener como efecto extinguir una acción de resarcimiento por responsabilidad civil contra los administradores o contra el director general por una falta cometida en el cumplimiento de su mandato.*

Artículo L225-257 Código de Comercio francés. *Los miembros del consejo de supervisión serán responsables de las faltas personales cometidas en la ejecución de su mandato. No serán considerados responsables, en razón de los actos de gestión ni de su resultado. Podrán ser declarados civilmente responsables de los delitos cometidos por los miembros del directorio, si, habiendo tenido conocimiento de ellos, no los hubieran dado a conocer a la junta general. Serán aplicables las disposiciones de los artículos L225-253 y L225-254.*

⁵⁰⁹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 191 y ss.

⁵¹⁰ Robert, J., *Arbitrage civil et commercial: droit interne et droit international privé*, ob.cit., pág. 141. En Francia el 80% de las sociedades se constituyen bajo la forma de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En el año 2004 habían 984 625 Sociedades de Responsabilidad Limitada, frente a las 128 085 en el mismo año de Sociedades Anónimas. MERLE, PH., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 10ª

el tamaño de la sociedad es lo de menos y lo que hay que analizar son las circunstancias de cada una, sin reducir la cláusula compromisoria a una cláusula de estilo, aunque en la práctica es evidente su preeminencia en las sociedades cerradas⁵¹¹.

En Derecho francés tampoco se hace ningún tipo de limitación en cuanto al tipo de arbitraje al que hay que recurrir para solucionar un litigio societario. Podrá ser un arbitraje de Derecho o de equidad, pero teniendo presente que si se recurre al arbitraje de equidad deberá el árbitro, como requisito de validez del laudo, justificar su decisión conforme a estos criterios, aunque aplique alguna norma de Derecho⁵¹². En la práctica societaria es más frecuente, por sus propias características, el arbitraje de equidad en las sociedades cerradas; mientras que en las grandes sociedades de capitales, los *holdings* o las sociedades abiertas, se recurre con mayor frecuencia al arbitraje de Derecho⁵¹³.

2.3 La nulidad y la anulabilidad de los acuerdos sociales

En Derecho francés un acuerdo social que adolezca de un vicio en su adopción podrá ser nulo o anulable. La nulidad puede ser absoluta o de pleno Derecho y por tanto el acto jurídico es inexistente por carecer de un elemento determinante para su nacimiento a la vida jurídica; o nulo relativamente o anulable, es decir nace a la vida jurídica pero con algún defecto que según las circunstancias podrá sanarse⁵¹⁴.

En este ordenamiento el régimen de la invalidez de los acuerdos sociales es tratado de forma conjunta para todas las sociedades mercantiles, con una regulación muy escueta para la anulabilidad, pero no así para la nulidad.

ed., Éditions DALLOZ, Paris, 2005, pág. 2; BOUCOBZA, X., “Jurisprudence Française”, en *Revue de l'arbitrage*, nº 1, dir. Ch. Jarrosson, Comité Français de l'arbitrage, Éditions Litec, Paris, 2005, págs. 127 y ss.

⁵¹¹ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 28.

⁵¹² AA.VV., “Jurisprudence. Sommaires commentés”, ob.cit., pág. 2474; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 302 y ss.

⁵¹³ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 297 y ss.

⁵¹⁴ CHRISTIANE, B., *La notion d'Ordre Public en matière de nullités*, ob.cit., págs. 26 y ss.

Conforme al artículo L225-121 del Código de Comercio:

Los acuerdos tomados por la junta infringiendo los artículos L225-96, L225-97, L225-98, el párrafo tercero y cuarto del artículo L225-99, el párrafo segundo del artículo L225-100 y de los artículos L225-105 y L225-114 serán nulos.

En caso de infracción de las disposiciones de los artículos L225-115 y L225-116 o del decreto que regula su aplicación, la junta podrá ser anulada.

Únicamente se habla de anulabilidad de los acuerdos de junta general cuando no se le brinde al accionista la información requerida dentro del plazo previsto y de acuerdo con las condiciones estipuladas (artículos L225-115, L225-116 y L225-121 C.com.)⁵¹⁵.

Por otra parte, las causas de nulidad están enumeradas taxativamente y comprenden motivos tanto formales como procesales (artículo L235-1 C.com.). La impugnación de un acuerdo nulo de asamblea de socios puede ser demandada por cualquier interesado y sus efectos serán *erga omnes*.

⁵¹⁵ MERLE, PH., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, ob.cit., pág. 566. Artículo L225-115 Código de Comercio francés. *Todo accionista tendrá derecho, en las condiciones y plazos determinados por Decreto adoptado en Consejo de Estado, a obtener información sobre: 1° El inventario, las cuentas anuales y la lista de los administradores o de los miembros del directorio y del consejo de supervisión y, cuando proceda, las cuentas consolidadas; 2° Los informes del consejo de administración, o del directorio y del consejo de supervisión, según el caso, y de los auditores de cuentas que se sometan a la junta; 3° Si procediera, el texto y la exposición de motivos de las resoluciones propuestas, así como informaciones concernientes a los candidatos al consejo de administración o al consejo de supervisión, según el caso; 4° La suma global, certificada como exacta por los auditores de cuentas, de las remuneraciones abonadas a las personas mejor pagadas, siendo el número de estas personas de diez o de cinco según sea la plantilla superior o inferior a doscientos empleados; 5° La suma global, certificada como exacta por los auditores de cuentas de los pagos realizados según lo dispuesto en los apartados 1 y 4 del artículo 238 bis del Código General de Impuestos así como la lista de las acciones nominativas de patrocinio, de mecenazgo; 6° La lista y el objeto de los contratos correspondientes a operaciones corrientes realizadas en condiciones normales, establecidos de conformidad con los artículos L225-39 y L225-87.*

Artículo L225-116 Código de Comercio francés. *Antes de la reunión de cualquier junta general, todo accionista tendrá derecho a obtener una relación de accionistas, en las condiciones y los plazos que se fije por decreto adoptado en Consejo de Estado.*

El artículo L235-1 del Código de Comercio dice:

La nulidad de una sociedad o de un acta que modifique los estatutos sólo podrá provenir de una disposición expresa del presente libro o de las leyes que regulen la nulidad de los contratos. En lo referente a las Sociedades de Responsabilidad Limitada y a las Sociedades por Acciones, la nulidad de la sociedad no podrá ser por causa ni de un vicio de consentimiento ni de la incapacidad, a menos que ésta afecte a todos los socios fundadores. La nulidad de la sociedad tampoco podrá tener su causa en las cláusulas prohibidas por el artículo 1844-1 del Código Civil.

La nulidad de actas o acuerdos que no sean los previstos en el párrafo anterior sólo podrá ser motivada por infracción de una norma imperativa del presente libro o de las leyes que regulen los contratos.

No puede alegarse la nulidad de una junta cuando tenga su causa en una convocatoria irregular, si han estado presentes o representados la totalidad de los accionistas, es decir, cuando se trate de una junta universal (artículos L223-27 y L225-104 C.com.)⁵¹⁶. Pero sí son nulos los acuerdos sociales que violen las normas que regulan el reparto de competencias entre las asambleas ordinarias y extraordinarias, o los requisitos y quórum constitutivo o deliberativo propios de cada una de ellas (artículos L225-96, L225-97 y L225-98 C.com.)⁵¹⁷, así como los acuerdos tomados en

⁵¹⁶ Artículo L223-27 Código de Comercio francés. *Los acuerdos serán tomados en la junta. Sin embargo, los estatutos podrán estipular que, exceptuando los previstos en el primer párrafo del artículo L223-26, todos los acuerdos o algunos de ellos podrán ser tomados por consulta escrita de los socios o podrán derivar del consentimiento de todos los socios expresado en un acta (...). Podrá ser anulada toda junta irregularmente convocada. Sin embargo, la acción de nulidad correspondiente no será admisible cuando todos los socios hayan estado presentes o representados.*

Artículo L225-104 Código de Comercio francés. *La convocatoria de las juntas de accionistas será realizada en las formas y plazos fijados por decreto adoptado en Consejo de Estado. Podrá ser anulada toda junta irregularmente convocada. Sin embargo, la acción de nulidad no será admisible cuando todos los accionistas hubiesen estado presentes o representados.*

⁵¹⁷ MERLE, PH., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, ob.cit., pág. 566. Artículo L225-96 Código de Comercio francés: *La junta general extraordinaria será la única habilitada para modificar los estatutos en cualquiera de sus disposiciones. Cualquier cláusula en contrario se tendrá por no puesta. No obstante, no podrá aumentar los compromisos de los accionistas, excepto en las operaciones que sean el resultado de una reagrupación de acciones efectuada de forma regular. La junta sólo deliberará de forma válida cuando los accionistas presentes o representados posean al menos, en la primera convocatoria, una cuarta parte de las acciones y, en la segunda convocatoria, una quinta parte de las acciones con derecho a voto. En su defecto, la segunda junta podrá ser aplazada a una fecha posterior, como máximo dos meses después de la fecha en que hubiera sido convocada. En las sociedades que no realicen llamamiento público al ahorro, los estatutos podrán prever quórum más elevados. Las*

violación de las disposiciones que regulan los derechos de voto (artículo L235-2-1 C.com.)⁵¹⁸.

También son nulos los acuerdos de juntas especiales tomados en primera convocatoria sin al menos la mitad de los accionistas presentes o representados con derecho de voto, y en segunda convocatoria de por lo menos $\frac{1}{4}$ de las acciones, cuando se pretende modificar sus derechos; o si no se cumple con la mayoría de $\frac{2}{3}$ de los votos de los accionistas presentes o representados para tomar el acuerdo (artículo L225-99 C.com.)⁵¹⁹.

Son nulos los acuerdos cuando han sido tomados sin que el consejo de administración o el directorio hayan presentado a la asamblea el informe, así como las cuentas anuales o, eventualmente, las cuentas consolidadas junto con el informe de la gestión correspondiente (artículo L225-100 C.com.)⁵²⁰.

decisiones de la junta se tomarán por mayoría de dos tercios de los votos de los que dispongan los accionistas que estén presentes o representados.

Artículo L225-97 Código de Comercio francés. *La junta general extraordinaria podrá cambiar la nacionalidad de la sociedad, a condición de que el país de acogida haya firmado con Francia un contrato especial que permita la adquisición de su nacionalidad y el traslado de la sede social a su territorio, manteniendo la sociedad su personalidad jurídica.*

Artículo L225-98 Código de Comercio francés. *La junta general ordinaria estará facultada para tomar todo tipo de acuerdos, con excepción de los citados en los artículos L225-96 y L225-97. Sólo deliberará de forma válida en la primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean al menos la quinta parte de las acciones con derecho a voto. En las sociedades que no realicen llamamiento público al ahorro, los estatutos podrán prever un quórum más elevado. En la segunda convocatoria, no se requerirá ningún quórum. Las decisiones de la junta se tomarán por mayoría de votos de los accionistas presentes o representados.*

⁵¹⁸ Artículo L235-2-1 Código de Comercio francés. *Serán nulos los acuerdos tomados infringiendo las disposiciones que regulan los derechos de voto vinculados a las acciones.*

⁵¹⁹ Artículo L225-99 Código de Comercio francés. *Las juntas especiales reunirán a una determinada categoría de titulares de acciones. La decisión de una junta general de modificar los derechos relativos a una categoría de acciones no será definitiva hasta la aprobación por la junta especial de los accionistas de dicha categoría. Las juntas especiales sólo deliberarán de forma válida cuando los accionistas presentes o representados posean al menos, en la primera convocatoria, la tercera parte de las acciones con derecho a voto y, en la segunda convocatoria, la quinta parte de las acciones con derecho a voto y cuyos derechos se prevea modificar. En su defecto, la segunda junta podrá ser aplazada a una fecha posterior, como máximo dos meses después de la fecha en que hubiera sido convocada. En las sociedades que no realicen llamamiento público al ahorro, los estatutos podrán prever quórum más elevados. Las decisiones de las juntas especiales se tomarán con arreglo a las condiciones previstas el párrafo tercero del artículo L225-96.*

⁵²⁰ Artículo L225-100 Código de Comercio francés. *La junta general ordinaria se reunirá al menos una vez por año, en los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, sin perjuicio de la prórroga a este plazo que pueda conceder una resolución judicial. El consejo de administración o el directorio presentará a la junta su informe así como las cuentas anuales y, eventualmente, las cuentas consolidadas con el informe de gestión correspondiente. Dicho informe incluirá un análisis objetivo y exhaustivo de la evolución de los negocios, de los resultados y de la situación financiera de la sociedad, especialmente de su nivel de endeudamiento en relación con el volumen y la complejidad de sus negocios (...). Los Auditores de cuentas referirán en su informe, el cumplimiento de la misión que les corresponde en virtud del artículo*

Si no se presentara el orden del día de la asamblea, si se deliberara sobre cuestiones no comprendidas en ella (hecha la salvedad de la revocación de los administradores o de los miembros del consejo de vigilancia y su reemplazo)⁵²¹, o se modificara el orden del día para la segunda convocatoria, ésta será también nula (artículos L225-105 y L225-121 C.com.)⁵²².

También serán nulos los acuerdos adoptados en una junta cuando no se haya redactado la lista de asistencia con los requisitos que establezca el Consejo de Estado (artículo L225-114 C.com.)⁵²³, o se haya adoptado un acuerdo sin que haya sido designado válidamente el auditor de cuentas (artículos L225-227 y L822-1 C.com.)⁵²⁴.

Es necesario especificar que, en el Derecho francés al igual que en cualquier ordenamiento, ni la sociedad ni los socios pueden sacar provecho de una nulidad frente a terceros de buena fe, salvo que dicha nulidad haya sido producida por incapacidad o vicios de consentimiento, que en dicho caso sí será oponible a terceros cuando el consentimiento ha sido obtenido por error, dolo o violencia (artículo L235-12 C.com.)⁵²⁵.

L225-235. La junta deliberará y decidirá sobre todas las cuestiones relativas a las cuentas anuales, y, llegado el caso, a las cuentas consolidadas del ejercicio transcurrido (...).

⁵²¹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 166-167.

⁵²² Artículo L225-105 Código de Comercio francés. *El orden del día de las juntas será fijado por el autor de la convocatoria. Sin embargo, uno o varios accionistas que representen al menos un 5% del capital o una agrupación de accionistas que responda a las condiciones determinadas en el artículo L.225-120 tendrán la facultad de requerir la inclusión de proyectos de resolución en el orden del día (...). La junta no podrá deliberar sobre una cuestión que no esté incluida en el orden del día. Sin embargo, podrá, en cualquier circunstancia, revocar a uno a o varios administradores o miembros del consejo de supervisión y proceder a su sustitución. El orden del día de la junta no podrá ser modificado en segunda convocatoria. Cuando la junta sea citada para deliberar sobre modificaciones de la organización económica o jurídica de la empresa a propósito de las cuales el comité de empresa haya sido consultado en aplicación del artículo L432-1 del Código de Trabajo, se le comunicará la opinión de dicho comité.*

⁵²³ Artículo L225-114 Código de Comercio francés. *En cada junta, se confeccionará una lista de asistentes cuyo contenido será determinado por decreto adoptado en Consejo de Estado.*

⁵²⁴ Artículo L225-227 Código de Comercio francés. *Serán nulos los acuerdos tomados sin que se haya producido una designación válida de auditores de cuentas o tras el examen del informe de un auditor de cuentas nombrado o mantenido en sus funciones contraviniendo las disposiciones de los artículos L225-1 y L225-224. El procedimiento de nulidad no surtirá efecto si estos acuerdos fueran confirmados expresamente por una junta general tras examinar un informe elaborado por auditores designados válidamente.*

Artículo L822-1 Código de Comercio francés. *Nadie podrá ejercer las funciones de auditor de cuentas, si no ha sido previamente inscrito en una lista elaborada con este fin.*

⁵²⁵ MERLE, PH., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, ob.cit., págs. 568 y ss. Artículo L235-12 Código de Comercio francés. *Ni la sociedad ni los socios podrán hacer valer una nulidad frente a terceros de buena fe. Sin embargo, la nulidad que provenga de la incapacidad o de un vicio de consentimiento será oponible incluso frente a terceros, por el incapacitado y sus representantes legales, o por el socio cuyo consentimiento haya sido obtenido por engaño, dolo o violencia.*

Por último, en caso de nulidad de los acuerdos sociales que tengan su causa en un vicio del consentimiento o en la incapacidad de un socio, y siempre que esta pueda ser sanada, toda persona que tenga un interés legítimo puede incoar a quien pueda operar dicha sanación, ya sea para regularizar el acuerdo, ya sea para alegar su nulidad dentro de un plazo de caducidad de seis meses (artículo L235-6 C.com.).

2.4 Posición favorable del Derecho francés en torno a la posibilidad de arbitrar la impugnación de acuerdos sociales

Tal y como ya adelantamos, en Derecho francés podrán arbitrarse las acciones de nulidad o de anulabilidad contra acuerdos de junta general (artículo L225-121 C.com.)⁵²⁶, teniendo presente que se deberán aplicar las normas de orden público, aunque los poderes del árbitro variarán dependiendo de la cláusula arbitral que se invoque y de las restricciones con las que cuente⁵²⁷.

El punto central de este razonamiento es que el árbitro podrá sancionar la violación de estas normas y él mismo deberá aplicarlas, ya que no le está permitido a nadie renunciar a ellas. De esta forma, los únicos acuerdos no arbitrables serán aquellos que vayan en contra del orden público jurisdiccional. Este es el único factor que excluye de forma absoluta el arbitraje, ya que consideran que el Estado es el único capaz de tutelar de modo eficaz estas situaciones. Pero en el Derecho societario no suelen tener incidencia estas materias, ya que se trata únicamente de la materia penal, las cuestiones de estado civil o la materia administrativa⁵²⁸.

Conforme al Derecho francés, un árbitro podrá intervenir en la vida societaria en prácticamente todos los litigios en los que pueda hacerlo un juez, aplicando siempre el

⁵²⁶ ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 61; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 72.

⁵²⁷ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 136 y ss. En Bélgica, cuyo sistema arbitral se basa principalmente en el ordenamiento francés, se admite la resolución de conflictos societarios por medio de arbitraje, reconociendo a los árbitros incluso el poder de pronunciar la nulidad o la disolución de una sociedad. En cuanto a la nulidad de acuerdos de asamblea general, la redacción de los estatutos sociales se rige principalmente por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que en este ordenamiento no existe ningún inconveniente para someter estas impugnaciones a arbitraje. Además los árbitros están expresamente habilitados para adoptar medidas provisionales y conservatorias sin ser necesaria ni siquiera la petición de las partes. COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 12; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 168 y ss.

⁵²⁸ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 101 y ss.; LAGARDE, X., « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », en *Revue de l'arbitrage*, n° 3, Paris, 2001, págs. 423 y ss.

Derecho imperativo y las normas de orden público⁵²⁹. De esta forma, el control se efectuará a nivel del laudo, ya que éste podrá ser anulado o ver negada su ejecución si es contrario al orden público⁵³⁰.

Pero el árbitro cuenta con las mismas limitaciones que tiene un juez, es decir, el árbitro deberá resolver una controversia entre las partes a través de su función jurisdiccional; por lo que no podrá subrogarse en los poderes de gestión ni sustituir a un órgano social, ya que eso no sería un verdadero arbitraje (tal y como se dijo cuando se estudiaron las figuras afines a éste en el capítulo anterior)⁵³¹.

La función del árbitro consistirá en dirimir las controversias que surjan en el ámbito intrasocietario. Si se enfrentan dos grupos de accionistas o de administradores de igual importancia en cuanto a una decisión, el árbitro, al igual que el juez, no podrá intervenir a menos que exista un abuso de la mayoría o de la minoría (por ejemplo, acciones para entorpecer el funcionamiento normal de la sociedad), o si la confrontación puede producir el bloqueo de la sociedad, pero nunca para definir la cuestión en uno u otro sentido si lo que ocurre es una diferencia en cuanto a las posturas normales dentro de un órgano colegiado.

Por ejemplo cuando surja un litigio por un acuerdo de asamblea en el que se decide el nombramiento o revocación de los administradores (artículo L225-18 C.com.)⁵³² y/o de los comisarios de cuentas (artículo L225-228 C.com.)⁵³³, podrá

⁵²⁹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 233 y ss. Incluso podrá declarar la nulidad de una sociedad, si cumple y aplica las normas imperativas y de orden público que rigen la materia. DUBARRY, J., LOQUIN, E. "Tribunaux de commerce et arbitrage: Com. 9 avr. 2002, Toulousy c/SNC Philam, inédit", ob.cit., pág. 63; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 144 y ss.

⁵³⁰ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 200.

⁵³¹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 172 y ss., 496 y ss.; Ver páginas 92 y siguientes.

⁵³² Artículo L225-18 Código de Comercio francés. *Los administradores serán nombrados por la junta general constituyente o por la junta general ordinaria. En el caso previsto en el artículo L225-16, serán designados por los estatutos. La duración de sus funciones será determinada por los estatutos sin que pueda exceder de seis años en caso de designación por las juntas generales y de tres años en caso de designación en los estatutos. Sin embargo, en caso de fusión o de escisión, el nombramiento podrá efectuarse por la junta general ordinaria. Los administradores podrán ser reelegidos, salvo estipulación contraria de los estatutos. Podrán ser revocados en todo momento por la junta general ordinaria. Cualquier nombramiento que se produzca contraviniendo las disposiciones anteriores será nulo, exceptuando aquéllos a los que se proceda en las condiciones previstas en el artículo L225-24.*

⁵³³ Artículo L225-228 Código de Comercio francés. *Los auditores de cuentas serán propuestos para ser nombrados por la junta general mediante un proyecto de resolución que emane del consejo de administración, del consejo de supervisión o, en las condiciones definidas por la Sección 3 del presente capítulo, de los accionistas (...). Fuera de los casos previstos en los artículos L225-7 y L225-16, los*

arbitrarse; al igual que en el caso de revocación de los administradores sin justa causa, para lo que la Ley prevé el pago de daños y perjuicios, y al ser un asunto meramente pecuniario no existe duda alguna de su arbitrabilidad (artículo L223-25 C.com.)⁵³⁴. Se trata, en definitiva, de un recurso de anulación de una decisión de la asamblea general que se somete a un juez o a un árbitro para el examen técnico de si se ha respetado el procedimiento para su nombramiento o revocación⁵³⁵.

Es clara, por tanto, la postura del Derecho francés en que no existe ningún tipo de limitación para arbitrar la impugnación de un acuerdo nulo y mucho menos, de un acuerdo anulable, además si se tiene en cuenta la posibilidad de regularización o convalidación de un acuerdo si no se solicita la anulación de dicho acuerdo dentro del plazo de seis meses (artículo L235-6 C.com.)⁵³⁶.

2.5 Breve referencia al procedimiento arbitral para la impugnación de acuerdos sociales

La instancia arbitral está regulada en los artículos 1442 y siguientes del Código Procesal Civil.

El litigio se puede someter al árbitro por ambas partes de forma conjunta o de forma independiente (artículo 1445 NCPC). Una vez citadas las partes y resuelta cualquier incidencia, el árbitro fijará una fecha para la audiencia y a partir de ese momento no podrá acudir a otro medio para la resolución de la impugnación del acuerdo social (artículo 1468 NCPC).

auditores de cuentas serán designados por la junta general ordinaria. La junta general ordinaria designará a uno o varios auditores de cuentas suplentes, convocados para sustituir a los titulares en caso de negarse éstos, o por impedimento, dimisión o fallecimiento (...). Los auditores de cuentas procederán en conjunto a un examen contradictorio de las condiciones y procedimientos de elaboración de las cuentas, según las prescripciones enunciadas por una norma de ejercicio profesional establecida de conformidad con el apartado sexto del artículo L821-1. Los principios de repartición de las diligencias que deberán ser aplicados por los auditores de cuentas también serán determinados por una norma de ejercicio profesional.

⁵³⁴ Artículo L223-25 Código de Comercio francés. *El gerente podrá ser revocado por decisión de los socios en las condiciones del artículo L. 223-29, salvo que los estatutos previeran una mayoría más amplia. Si la revocación se decidiera sin motivo justificado, podrá dar lugar a indemnización por daños y perjuicios. Además, el gerente podrá ser revocado por los tribunales a petición de cualquiera de los socios si mediase causa legítima (...).*

⁵³⁵ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 174 y ss.; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 126 y ss.; MERLE, PH., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, ob.cit., págs. 691 y ss.

⁵³⁶ NAMMOUR, F., *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 156 y ss.

El árbitro o los árbitros deberán ser personas físicas en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Las personas jurídicas únicamente se pueden encargar de la organización del arbitraje (artículo 1451 NCPC), de designar a los árbitros y de fijar las reglas de procedimiento⁵³⁷. El tribunal arbitral estará formado por uno o más árbitros, pero siempre en número impar. Si el número de árbitros designado por las partes es par, deberá nombrarse un árbitro más o por las partes o por los otros árbitros, y si no hay acuerdo, por el presidente del Tribunal de gran instancia⁵³⁸.

Si en la cláusula arbitral no se fija un plazo para el desarrollo del procedimiento arbitral, la misión de los árbitros no puede durar más de seis meses a contar desde el día en el que la última de las partes aceptó el proceso; aunque éste puede ser prorrogado (artículo 1456 NCPC)⁵³⁹.

La interacción entre el arbitraje y la jurisdicción para evitar o resolver conflictos o prevenir un daño inminente se refleja en la cooperación y la ayuda mutua, como por ejemplo en la adopción de mediadas cautelares cuando el tribunal arbitral no se haya todavía constituido o, aunque éste ya se encuentre constituido, por la inminencia del daño⁵⁴⁰. También esta situación es evidente en la ejecución de los laudos, ya que los árbitros sólo cuentan con el poder de *jurisdictio*, pero no con el de *imperium*, por lo que no pueden ejecutar ellos mismos el laudo en caso de incumplimiento por alguna o ambas partes⁵⁴¹.

⁵³⁷ VOGEL, L., “L’arbitrage commercial”, ob.cit., pág. 321.

⁵³⁸ VOGEL, L., “L’arbitrage commercial”, ob.cit., pág. 322.

⁵³⁹ VOGEL, L., “L’arbitrage commercial”, ob.cit., pág. 322. Si el plazo para dictar el laudo no es prorrogado y el árbitro no cumple con él, será responsable por su incumplimiento, ya que él es el encargado de la instancia arbitral, es él quien la organiza y conduce. CLAY, T., « Détermination de la responsabilité civile contractuelle de l’arbitre », en *La Semaine Juridique. Édition générale*, n°17, Paris, 26 avril 2006, págs. 853 y ss.

⁵⁴⁰ VOGEL, L., “L’arbitrage commercial”, ob.cit., pág. 320; Loquin, E., “Tribunal de commerce et arbitrage: Cass. 1^{er} civ., 6 déc. 2005, Sté Schwind et Mme Marquet c/ Sté León Grosse, pourvoi n° 03-16.572”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n° 2, Paris, 2006, pág. 297; ROBERT, J., *L’arbitrage : droit interne, droit international privé*, 6^o ed., ob.cit., pág. 104.

⁵⁴¹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., págs. 468 y ss.; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 234 y ss.; BOISSESON, M., *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 180 y 338 y ss.; JARROSSON, CH., *La notion d’arbitrage*, ob.cit., pág. 104; DUBARRY, J., LOQUIN, E., “Tribunal de commerce et arbitrage: Com. 18 mai 2005, inédit, Sté Études et Réalisation Générales du Bâtiment c/ Sté Cloisol Centre”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n° 3, Paris, 2005, pág. 486; LOQUIN, E., “Tribunal de commerce et arbitrage: Cass. 1^{er} civ., 6 déc. 2005, Sté Schwind et Mme Marquet c/ Sté León Grosse, pourvoi n° 03-16.572”, ob.cit., pág. 298.

El Tribunal de comercio tiene la potestad, y por ende también el árbitro (artículo L721-3 C.com.), cuando haya sido requerido para resolver sobre la nulidad de un acuerdo social, incluso de oficio, de fijar un plazo para subsanar dicha nulidad, aunque sea necesario que para ello se convoque otra asamblea (artículo L235-4 C.com.)⁵⁴². Si la nulidad versara sobre un vicio en el consentimiento o en la incapacidad de un socio, pudiendo regularizarse el acuerdo, toda persona con interés legítimo puede solicitar a quien es capaz de regularizar el acuerdo, para que así lo haga o para que solicite la nulidad dentro del plazo de seis meses bajo pena de preclusión (artículo L235-6 C.com.)⁵⁴³.

También cuando la nulidad radique en la violación de las reglas de publicidad, toda persona con interés en la regularización del acuerdo podrá requerir a la sociedad para que lo haga durante el plazo fijado por el Consejo de Estado, y si no se hiciera en el plazo, cualquier interesado podrá solicitar al juez que designe a un mandatario encargado de cumplir esta formalidad (artículo L235-7 C.com.).

La acción de nulidad de un acuerdo social prescribe a los tres años a contar desde el día en el que la nulidad ha sido descubierta (artículo L235-9 C.com.)⁵⁴⁴. Podrá

⁵⁴² Artículo L235-4 Código de Comercio francés. *El tribunal de comercio, requerido para una acción de nulidad, podrá, incluso de oficio, determinar un plazo para permitir subsanar las causas de nulidad. No podrá declarar la nulidad antes de que transcurran dos meses desde la fecha de interposición de la demanda. Si para subsanar una causa de nulidad se debiera convocar una junta o efectuarse una consulta a los socios, y si estuviera justificada una convocatoria regular de una junta o un envío a los socios del texto de los proyectos de decisión acompañado de los documentos que deben serles presentados, el Tribunal decidirá por resolución el plazo necesario para que los socios puedan tomar un acuerdo.*

⁵⁴³ Artículo L235-6 Código de Comercio francés. *En caso de nulidad de una sociedad o de actas y acuerdos posteriores a su constitución, motivada por un vicio del consentimiento o por la incapacidad de un socio, y cuando sea posible su regularización, cualquier persona que tenga interés en ello podrá requerir a aquél que pueda efectuarla, que proceda a regularizarla o que inicie un procedimiento de nulidad en un plazo de seis meses so pena de preclusión. Este requerimiento será comunicado a la sociedad. La sociedad o un socio podrá presentar, al tribunal ante el que se interpuso la demanda, en el plazo previsto en el párrafo anterior, cualquier medida susceptible de suprimir el interés del demandante, sobre todo por rescate de sus derechos sociales. En este caso, el tribunal podrá, o bien declarar la nulidad, o bien declarar obligatorias las medidas propuestas, siempre y cuando éstas hayan sido previamente adoptadas por la sociedad en las condiciones previstas para las modificaciones estatutarias. El voto del socio que solicite el rescate de sus derechos no influirá en el acuerdo que adopte la sociedad. En caso de impugnación, el valor de los derechos sociales que se le deban rembolsar al socio será determinado de acuerdo a las disposiciones del artículo 1843-4 del Código Civil. Cualquier cláusula en contrario se tendrá por no puesta.*

⁵⁴⁴ Artículo L235-9 Código de Comercio francés. *Las acciones de nulidad de la sociedad o de actas o acuerdos posteriores a su constitución prescribirán a los tres años contados desde el día en que haya sobrevenido la nulidad, sin perjuicio de la preclusión prevista en el artículo L235-6. Sin embargo, la acción de nulidad de una fusión o de una escisión de sociedades prescribirá a los seis meses a partir de la fecha de la última inscripción en el Registro de Comercio y de Sociedades necesaria para la*

además solicitarse responsabilidad civil por la nulidad de un acuerdo dentro de los tres años a contar desde la sentencia que la declare; y la desaparición de la causa de nulidad no impide el ejercicio de la acción por los daños y perjuicios causados, la cual también prescribirá a los tres años desde que la nulidad haya sido subsanada (artículo L235-13 C.com.)⁵⁴⁵.

Desde que se dicta el laudo tendrá la autoridad de la cosa juzgada con respecto al conflicto que zanja (artículo 1476 NCPC), y será ejecutivo a través de un exequátur que se solicita ante el Tribunal de gran instancia (artículo 1477 NCPC)⁵⁴⁶. Al laudo le son aplicables las reglas de la ejecución provisional de las sentencias, y puede ser objeto de apelación a menos que las partes hayan renunciado a ella en el convenio de arbitraje; o si el árbitro lo ha sido en calidad de amigable componedor, a menos que las partes en el convenio arbitral hayan expresamente reservado esta posibilidad (artículo 1482 NCPC)⁵⁴⁷.

Incluso si las partes han renunciado a la facultad de apelación, o cuando no hayan reservado esta posibilidad en un arbitraje de equidad, podrá solicitarse la anulación del laudo cuando el árbitro haya conocido del conflicto sin obtener su competencia para ello de un convenio arbitral o cuando éste sea nulo o haya expirado; además de cuando el tribunal arbitral haya sido irregularmente compuesto o el árbitro único irregularmente designado. También puede ser apelado el laudo cuando el árbitro no se haya acogido a la función que le fue encomendada, así como cuando no se ha respetado el principio de contradictorio o no se hayan cumplido las prescripciones formales del laudo reguladas en los artículos 1471, 1472 y 1473 NCPC⁵⁴⁸, o cuando el árbitro ha violado una norma de orden público (artículo 1484 NCPC)⁵⁴⁹.

operación. La acción de nulidad basada en el artículo L225-149-3 prescribirá en el plazo de tres meses a partir de la fecha de celebración de la junta general siguiente a la decisión de ampliación de capital.

⁵⁴⁵ MERLE, PH., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, ob.cit., pág. 693.

⁵⁴⁶ BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 338 y ss.; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 319; VOGEL, L., "L'arbitrage commercial", ob.cit., pág. 322. Artículo 1477 Nuevo Código Procesal Civil francés. *El laudo arbitral sólo será susceptible de ejecución forzosa en virtud de una resolución de exequátur dictada por el Tribunal de Gran Instancia del lugar en que se hubiera emitido. A tal efecto, uno de los árbitros o aquella de las partes que sea más diligente depositará en la secretaría del tribunal el original del laudo junto con un ejemplar del convenio arbitral.*

⁵⁴⁷ VOGEL, L., "L'arbitrage commercial", ob.cit., pág. 322.

⁵⁴⁸ Artículo 1471 Nuevo Código Procesal Civil francés. *El laudo arbitral deberá expresar sucintamente las pretensiones respectivas de las partes y sus fundamentos. La resolución habrá de estar motivada.*

En caso que el laudo sea anulado, el juez que conoce resolverá sobre el fondo de la impugnación dentro de los límites de la misión arbitral, salvo que las partes así no lo quieran (artículo 1485 NCPC)⁵⁵⁰. Por el contrario, en caso de desestimación de la apelación o del recurso de anulación, se conferirá el exequátur al laudo (artículo 1490 NCPC)⁵⁵¹.

III. El arbitraje societario en Alemania

1. Preámbulo

Como en todos los demás ordenamientos estudiados, la arbitrabilidad de los acuerdos sociales es un tema que se ha discutido en Alemania. Por ello, en esta sección se hará un análisis descriptivo de sus principales características, pero sin reincidir en los aspectos del arbitraje que son comunes en las normativas ya analizadas, sino haciendo hincapié en lo que lo diferencia y en las aportaciones relevantes para nuestro estudio.

En Alemania, además de las leyes procesales, la jurisprudencia ha tenido un papel muy importante en el desarrollo del arbitraje societario. En un inicio, la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo, en adelante BGH) desde el año 1951 se mostraba contraria a la arbitrabilidad de los acuerdos sociales en las Sociedades Anónimas (*Aktiengesellschaften*, en adelante AG), por dos argumentos principalmente. En primer lugar, consideraba que la impugnación de acuerdos sociales era materia no

Artículo 1472 Nuevo Código Procesal Civil francés. *En el laudo arbitral habrán de expresarse: – el nombre de los árbitros que lo hubieran dictado; – su fecha; – el lugar donde se hubiera dictado; – el apellido, nombres o denominación de las partes, así como su domicilio o sede social; – en su caso, el nombre de los abogados o de cualquier persona que hubiera representado o asistido a las partes.*

Artículo 1473 Nuevo Código Procesal Civil francés. *El laudo arbitral se firmará por todos los árbitros. No obstante, si una minoría de ellos se negara a firmarlo, los demás dejarán constancia de ello y el laudo tendrá la misma eficacia que si lo hubieran firmado todos los árbitros.*

⁵⁴⁹ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 311 y ss.; VOGEL, L., “L’arbitrage commercial”, ob.cit., pág. 323. Artículo 1484 Nuevo Código Procesal Civil francés. *En caso de que, según lo dispuesto en el artículo 1482, las partes hayan renunciado a la apelación o no se hayan reservado expresamente dicha facultad en el convenio arbitral, podrá no obstante interponerse un recurso de anulación del laudo arbitral, aunque existiesen estipulaciones en sentido contrario. Este recurso sólo podrá interponerse en los siguientes supuestos: 1°. Si el árbitro se ha pronunciado sin que existiera convenio arbitral o sobre la base de un convenio nulo o caducado; 2°. Si el tribunal arbitral se ha constituido de forma irregular o si el árbitro único ha sido designado también de forma irregular; 3°. Si el árbitro se ha pronunciado sin atenderse a la misión que le hubiere sido encomendada; 4°. En caso de que no se haya respetado el principio contradictorio; 5°. En todos los supuestos de nulidad previstos en el artículo 1480; 6°. Si el árbitro ha infringido alguna norma de orden público.*

⁵⁵⁰ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 322.

⁵⁵¹ BOISSESON, M., *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 340.

disponible por las partes y, en segundo lugar, porque la Ley establecía la *Landgericht* del domicilio social como la única instancia competente para resolver estos conflictos, con el fin de unificar la jurisprudencia y de tutelar los intereses afectados⁵⁵².

Pero la legislación ha ido evolucionando en favor del arbitraje y a partir del año 1998, con el fin de ser sede de arbitrajes internacionales y por los beneficios económicos que esto comporta, Alemania se unió al grupo de países que modernizaron su Ley de Arbitraje. De acuerdo con esta tendencia se promulgó la *Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts*, de 22 de diciembre de 1997, que entró en vigor el 1º de enero de 1998, y modificó el Libro X del *Zivilprozessordnung* (Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante ZPO)⁵⁵³.

Esta Ley tiene como fin sistematizar todos los aspectos importantes del arbitraje moderno a través de lo que en esta materia del Derecho se conoce como sistema monista de regulación del arbitraje, que consiste en una regulación única del Derecho de arbitraje tanto interno como internacional, de acuerdo a la Ley modelo de la UNCITRAL. Esta Ley cuenta con un carácter supletorio a la voluntad de las partes y, por tanto, normaliza todos los demás aspectos que las partes no hayan previsto de forma expresa en el convenio arbitral⁵⁵⁴.

⁵⁵² SCHMIDT, K., „Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-“, en *ZGR*, nº 4/1988, pág. 525; HENZE, H., „Zur Schiedsfähigkeit von Gesellschafterbeschlüssen im GmbH-Recht“, en *ZGR*, nº 4/1988, pág. 550; LÜKE, W., BLENKE, H., „Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten –Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung-“, en *ZGR*, nº 2/1998, pág. 254; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 451; MARTINEZ MARTINEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, en *Revista de Sociedades*, nº 11, 1999, pág. 345.

⁵⁵³ NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 6/1998, pág. 638; TRITTMANN, R., “Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens- Neuregelungs- gesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten”, en *ZGR*, nº 3/1999, pág. 340; LAPIEDRA ALCAMI, R., « Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998 », ob.cit., pág. 312.

⁵⁵⁴ NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, ob.cit., págs. 637 y ss.; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 114; BARONA VILAR, S., “Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, R.F.A e Italia”, ob.cit., pág. 73; VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 118 y ss.; CHECA MARTÍNEZ, M., “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1998, págs. 353 y ss.; GÓMEZ JENE, M., “La nueva regulación del arbitraje en Alemania”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1998, págs. 371 y ss.

Como principales características de esta Ley arbitral alemana pueden resaltarse la obligación del árbitro de resolver conforme a Derecho, a menos que las partes expresamente lo autoricen a resolver como amigable componedor; además del deber de decidir de acuerdo con los términos del contrato, teniendo en cuenta los usos del comercio aplicables al caso concreto (§ 1051 ZPO).

Asimismo, es importante hacer notar que el arbitraje, según la nueva Ley, no es un procedimiento incompatible con la jurisdicción, sino que los jueces estatales pueden actuar en colaboración, antes o durante el proceso, con los árbitros. El Tribunal encargado de realizar estas intervenciones será el *Oberlandesgericht* designado por las partes para conocer sobre este tipo de asuntos, o en su defecto aquél en donde tenga su sede el Tribunal arbitral. Si el Tribunal arbitral no se hubiera todavía constituido, será competente el *Oberlandesgericht* en cuya jurisdicción residan o tengan su domicilio habitual cualquiera de las partes⁵⁵⁵.

Como ejemplo de la colaboración-intervención judicial en el arbitraje, podríamos mencionar la práctica de medidas cautelares o provisionales, o cuando se requieran pruebas u otras actuaciones para las que el árbitro carece de competencia o porque sea necesario el concurso de la fuerza pública, aunque en tales casos los árbitros podrán participar en dichas actuaciones y podrán también formular preguntas (§§ 1033 y 1050 ZPO). A pesar de lo anterior, el árbitro tiene competencia para ordenar esas mismas medidas cautelares en la medida en que no se hayan solicitado ya de forma urgente ante un tribunal o cuando las partes del arbitraje hayan dispuesto otra cosa, siempre y cuando el objeto de la medida cautelar se ajuste al objeto principal del

⁵⁵⁵ MUSIELAK, H., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ob.cit., págs. 2529 y ss., 2560 y ss.; NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, ob.cit., págs. 644 y ss.; NIGGEMANN, F., “Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne”, en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, nº1/2006, págs. 237 y ss.; SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, en *Le Società*, nº 6/2006, pág. 779; LAPIEDRA ALCAMI, R., « Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998 », ob.cit., págs. 313 y ss.; REIMAN, M., ZEKOLL, J., *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pág. 125; KREINDLER, R., « Arbitrage et recours juridictionnels : l’attitude des parties étrangères ayant à opter entre un arbitrage et un procès aux États-Unis », en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 2/1998, pág. 186; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., pág. 473; VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 133; GOMEZ JENE, M., “La nueva regulación del arbitraje en Alemania”, ob.cit., págs. 367 y ss.

proceso, la medida no recaiga sobre terceros y el árbitro no despliegue actos de coacción propios de la jurisdicción (§ 1041 ZPO)⁵⁵⁶.

2. La materia arbitrable y los requisitos de validez y eficacia del convenio arbitral en el Derecho alemán

En Alemania no existe una normativa específica que regule el arbitraje en materia societaria, por lo que para su análisis será necesario remitirse al ordenamiento procesal general que regula el arbitraje (§ 1025 y siguientes *Zivilprozessordnung*)⁵⁵⁷.

El convenio arbitral (*Schiedsvereinbarung*) está definido en el parágrafo 1029 ZPO de la siguiente manera:

1. *El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo celebrado por las partes para someter a arbitraje todas o una parte de los puntos litigiosos presentes o futuros con respecto de una relación jurídica, ya sea contractual, ya sea de otra naturaleza.*

2. *El acuerdo de arbitraje puede constar en un documento separado (Schiedsabrede) o en una cláusula contractual (Schiedsklausel).*

De acuerdo con este artículo, el convenio arbitral está definido conforme a las normativas generales que rigen el arbitraje a nivel mundial, considerándolo un medio válido para resolver los conflictos, presentes o futuros, que surjan de una determinada relación jurídica, contractual o no⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ VON SCHLABRENDORFF, F., "El régimen jurídico del arbitraje en Alemania", ob.cit., pág. 128; CHECA MARTÍNEZ, M., "La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje", ob.cit., pág. 357; GÓMEZ JENE, M., "La nueva regulación del arbitraje en Alemania", ob.cit., pág. 370.

⁵⁵⁷ SANGIOVANNI, V., "L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano", ob.cit., pág. 779.

⁵⁵⁸ MUSIELAK, H., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ob.cit., págs. 2472 y ss.; HAAS, U., „Zur Einführung von Schiedsklauseln durch Satzungsänderungen in Vereinen. Besprechung des Urteils BGH WM 2000, 957“, en *ZGR*, n° 2/2001, pág. 325; SANGIOVANNI, V., "L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano", ob.cit., pág. 776; SANGIOVANNI, V., "La forma della convenzione arbitrale nel diritto tedesco", en *Rivista dell'arbitrato*, n°3/2002, Anno XII, Giuffrè Editore, Milano, pág. 592.

En cuanto a la arbitrabilidad, tal y como ya hemos mencionado anteriormente, en el Derecho alemán ésta se encuentra asociada directamente a la materia patrimonial⁵⁵⁹, o alternatively, a la materia que puede ser objeto de transacción. Las materias no susceptibles de arbitraje serán la excepción, siendo aquellas materias que se consideran de orden público y que el Estado ha excluido de la libre disposición de las partes, reservando una competencia exclusiva para resolver dichos conflictos a la jurisdicción ordinaria, como por ejemplo el Derecho de familia o la materia laboral⁵⁶⁰.

El artículo 1030 ZPO trata sobre la arbitrabilidad de forma expresa y dice así:

1. Cualquier disputa de naturaleza patrimonial puede ser objeto de un acuerdo de arbitraje. Un acuerdo de arbitraje sobre pretensiones que no tienen naturaleza patrimonial es vinculante para las partes en la medida en que las partes estén facultadas para celebrar un contrato de transacción sobre dicha materia.

2. Es ineficaz el acuerdo de arbitraje que verse sobre disputas que se refieran a una relación arrendaticia sobre viviendas rurales. Esta disposición no es aplicable al tipo de viviendas reguladas en el artículo 556 (a) (8) del Código Civil.

3. No se ven afectadas las disposiciones legales que al margen del presente Libro, prohíben que determinados litigios puedan someterse a un procedimiento arbitral, o que establezcan que determinados litigios sólo pueden someterse a un procedimiento arbitral de forma condicionada.

Por su parte, el parágrafo 1031 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana, que regula los requisitos formales de validez del acuerdo de arbitraje, dice expresamente:

1. El convenio arbitral deberá constar en un documento firmado por las partes, o bien deberá formularse a través de escritos intercambiados entre las partes, telefaxes,

⁵⁵⁹ Consideran como materia patrimonial las pretensiones que pueden versar sobre dinero o prestaciones evaluables en dinero; las que afectan a relaciones jurídicas de carácter patrimonial, como por ejemplo, en las relaciones del Derecho de sociedades, ya que afirman que el socio busca principalmente fines económicos y por tanto, también se aplica para la impugnación de acuerdos sociales. MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 2013.

⁵⁶⁰ VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 119; GÓMEZ JENE, M., “La nueva regulación del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 365.

telegramas u otras fórmulas de comunicación a distancia que constituyan prueba fehaciente del acuerdo adoptado.

2. Los requisitos de forma exigidos por el párrafo 1º también se considerarán cumplidos, cuando el acuerdo de arbitraje esté contenido en un escrito dirigido por una parte a la otra o por un tercero a ambas partes y el contenido de dicho escrito se considere que pasa a formar parte integrante del contrato, si dicho escrito no es objeto de impugnación dentro de un plazo habitual con arreglo a los usos comerciales aplicables.

3. Si un contrato que cumple los requisitos de forma establecidos en los párrafos (1) y (2) se refiere a un escrito que contenga una cláusula de arbitraje, dicha referencia supondrá la existencia de un acuerdo de arbitraje, siempre y cuando dicha referencia produzca por su forma la integración de dicho acuerdo de arbitraje en el contrato.

4. Un acuerdo de arbitraje también se podrá fundamentar en la entrega de un conocimiento de embarque, en el que se haga una remisión expresa a la cláusula arbitral contenida en un contrato de fletamento.

5. Los acuerdos de arbitraje en los que sea parte un consumidor, deberán contenerse en un escrito debidamente firmado por ambas partes. Dicho escrito únicamente podrá contener acuerdos referidos al procedimiento de arbitraje. Esta limitación no es de aplicación cuando el escrito se formalice ante Notario. A estos efectos, se entenderá por consumidor a personas físicas, cuya intervención en el negocio jurídico que es objeto de la controversia, no responde a fines relacionados con su actividad empresarial o profesional.

6. Los defectos de forma se subsanarán mediante la contestación en el procedimiento de arbitraje sobre el fondo.

Como característica de la arbitrabilidad en el Derecho alemán también se encuentra la preferencia por el arbitraje para los sujetos que sean comerciantes. El nuevo § 1031 ZPO conserva la distinción entre las categorías de sujetos a los cuales se refería el antiguo § 1027, aunque no de forma expresa. Se dirige en general a aquellos

que desarrollan una actividad comercial (*gewerbliche Tätigkeit*) o una actividad profesional autónoma (*selbständige berufliche Tätigkeit*), con la excepción en el apartado 5 que se ocupa de los consumidores (*Verbraucher*).

El grado de tutela de los consumidores será mayor, previendo para ellos formas particularmente estrictas; mientras que para los que se dedican a una actividad comercial o a los profesionales autónomos se aligeran los requisitos formales exigidos para su adopción. Se afirma que se aligeran los requisitos formales exigidos para los comerciantes y para los profesionales autónomos, porque antes de la reforma de 1997 se permitía a los comerciantes acordar el convenio arbitral de forma oral, pero la práctica mercantil demostró que no era realmente eficaz, además de que con su eliminación se busca un mayor grado de seguridad en el Derecho y evitar los problemas que provocaba la necesidad de probar dicho convenio⁵⁶¹.

De acuerdo con este párrafo, el convenio arbitral debe estar en un documento escrito y suscrito por las partes (§ 1031 I ZPO). No es necesario que se regule el procedimiento en el convenio arbitral, siendo posible reenviar para ello al reglamento de una institución o cámara arbitral y por tanto permitiendo el arbitraje institucional. La firma debe ser clara y legible, sin dejar ningún tipo de dudas sobre su autor y su intención de acudir a un Tribunal arbitral para resolver sus controversias, aunque puede ser suscrito por quien tiene el poder de representación, como sería el administrador en el caso de las sociedades de capital.

En cuanto a otros requisitos formales, no se exige nada en especial, aunque parte de la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria consideran que, en el caso de la cláusula arbitral, ésta debe cumplir con los mismos requisitos formales que se exigen para el contrato en el cual se encuentra inserta; como sería por ejemplo la forma notarial exigida para los estatutos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas (§ 23.1 *Aktiengesetz*, en adelante AktG)⁵⁶².

⁵⁶¹ SANGIOVANNI, V., “La forma della convenzione arbitrale nel diritto tedesco”, ob.cit., pág. 593; VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 120; GÓMEZ JENE, M., “La nueva regulación del arbitraje en Alemania”, ob.cit., págs. 366 y ss.

⁵⁶² MUSIELAK, H., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ob.cit., págs. 2489 y ss.; SANGIOVANNI, V., “La forma della convenzione arbitrale nel diritto tedesco”, ob.cit., págs. 594 y ss.; REIMAN, M., ZEKOLL, J., *Introduction to German Law*, ob.cit., pág. 147.

El convenio arbitral, también de acuerdo al párrafo 1 § 1031 ZPO, puede perfeccionarse a través de un intercambio entre las partes de cartas, télex, telefax, telegramas u otros instrumentos de comunicación, tales como el correo electrónico; siempre y cuando quede garantizada la prueba del contenido del acuerdo y la aceptación por cada una de las partes. También es posible en Derecho alemán, de acuerdo al párrafo 2 § 1031 ZPO, lo que se conoce como “media forma escrita” (*halbe Schriftform*), que consiste en una especie de “oferta de arbitraje” a través de la cual una de las partes (o un tercero-intermediario) hace saber a la otra parte (o a ambas partes) la voluntad de someter los conflictos a arbitraje y, si la otra parte no se opone expresamente al contenido en el tiempo y la forma establecidos se considerará, de acuerdo con los usos comerciales, como contenido del contrato y que la parte a la que se le propone lo ha aceptado de forma implícita⁵⁶³.

Por otra parte, en aquellos casos en que la cláusula se encuentra inserta dentro de un contrato con condiciones generales (contrato de adhesión), la cláusula deberá respetar todo lo previsto en la Ley específica, especialmente en cuanto a lo referente al contenido; y no será eficaz cuando resulte inusual y sorprenda a la parte débil o cuando violando el principio de buena fe perjudique de forma excesiva a la contraparte contractual; tampoco será válida cuando limite los principales derechos y obligaciones de las partes resultantes de la naturaleza del contrato, poniendo en peligro el poder alcanzar el fin de éste⁵⁶⁴.

Se puede concluir por tanto, que el cumplimiento de los requisitos formales del convenio arbitral tiene en el Derecho alemán una importancia práctica, y su incumplimiento conlleva la anulación del laudo (§ 1059 II ZPO)⁵⁶⁵.

⁵⁶³ SANGIOVANNI, V., “La forma della convenzione arbitrale nel diritto tedesco”, ob.cit., págs. 595 y ss.; VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 120; GÓMEZ JENE, M., “La nueva regulación del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 366.

⁵⁶⁴ SANGIOVANNI, V., “La forma della convenzione arbitrale nel diritto tedesco”, ob.cit., págs. 597 y ss.; GÓMEZ JENE, M., “La nueva regulación del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 366.

⁵⁶⁵ MUSIELAK, H., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ob.cit., págs. 2492 y ss. La anulación del laudo arbitral no es una segunda instancia y por tanto no se producirá un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Su interposición está condicionada a una serie de requisitos de naturaleza restrictiva. El parágrafo 1059 ZPO establece una enumeración taxativa de causas de anulación, y la interposición del recurso sólo cabe dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de la notificación del laudo. VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 135. El § 1059 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana (ZPO) regula la demanda de nulidad de un laudo arbitral y dice: 1. Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un Tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos (2) y (3) del presente artículo. 2. El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por un Tribunal cuando:

3. Posición del Derecho alemán en torno a la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje

La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje es una materia controvertida en Alemania al igual que en los demás países que hemos estudiado. Pero, a pesar de esto, es frecuente que en los estatutos sociales se encuentren cláusulas arbitrales para la resolución de los conflictos societarios⁵⁶⁶.

Es necesario recalcar que no se ha encontrado en los comentarios generales a las leyes que regulan las sociedades de capital o a la regulación procesal civil alemanas ninguna referencia expresa de la doctrina en cuanto a si existe algún tipo de matiz especial a la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos de la junta general en cuanto a su nulidad, como sí en cambio existe una clara toma de posición en cuanto al tipo social que puede optar por la vía arbitral y en cuanto a la eficacia subjetiva del laudo.

En primer lugar hablaremos del elemento tipológico, ya que éste actúa como un claro límite al arbitraje en el Derecho societario alemán. Este límite cuenta con el apoyo tanto de la legislación como de la jurisprudencia, aunque existen algunos razonamientos disidentes de la línea más restrictiva dentro de su propia doctrina.

1º la parte que interpone la petición pruebe: a) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1029 y 1031 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley alemana; o b) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus Derechos procesales; o c) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o d) que la composición del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de este Libro de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a este Libro; o 2º el Tribunal compruebe: a.- que, según la Ley alemana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o b.- que el reconocimiento o la ejecución del laudo conduciría a un resultado que es contrario al orden público alemán. 3. Salvo acuerdo de las partes, la petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 1058, el plazo se prorroga por un mes desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el Tribunal arbitral. La petición de nulidad del laudo no podrá plantearse cuando un Tribunal alemán haya declarado que el laudo es ejecutorio. 4. El Tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá anular el laudo, cuando corresponda y remitir de nuevo el expediente al Tribunal arbitral. 5. En caso de dudas, la anulación del laudo tendrá como efecto que se restablece el acuerdo de arbitraje para el objeto litigioso.

⁵⁶⁶ SANGIOVANNI, V., "L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano", ob.cit., pág. 771.

En el Derecho alemán, están por un lado las Sociedades Anónimas (AG), las cuales abarcan un gran número de realidades jurídicas, pudiendo ser grandes o pequeñas, aunque tradicionalmente las Sociedades Anónimas en Alemania se encuentran diseñadas para las empresas de gran tamaño, ya que fueron concebidas como sociedades abiertas al público⁵⁶⁷.

Por otro lado, la sociedad preferida de la praxis alemana es la Sociedad de Responsabilidad Limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, en adelante GmbH), que se creó con el fin de abarcar una parte del mercado al que no llegaba la Sociedad Anónima con su rigidez, dirigida a las empresas de mediano y pequeño tamaño y con la responsabilidad limitada de sus miembros⁵⁶⁸.

De acuerdo con las características propias de cada tipo social, la función que cumplen en el comercio es diferente. Las Sociedades Anónimas se encargan de recaudar capital, están pensadas para las grandes sociedades abiertas al público, con un gran número de accionistas y caracterizadas por la rigidez de sus estatutos, lo que significa que sus socios no pueden desplazar las normas legales para adecuar sus estatutos a sus necesidades, sino solamente cuando esté expresamente permitido. De acuerdo a esto, en cuanto a nuestro estudio en específico, no es posible incluir una cláusula arbitral en los estatutos de una AG, ya que así no está previsto en la Ley (§ 23.5 AktG)⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ SCHMIDT, K., “La junta general en la ley alemana de Sociedades Anónimas y en la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, Tomo I, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 29; HÖLTERS, W., DEILMAN, B., BUCHTA, J., *Die Kleine Aktiengesellschaft*, Verlag C.H. Beck, München, 2002, pág. 6; REIMAN, M., ZEKOLL, J., *Introduction to German Law*, ob.cit., págs. 146 y ss.

⁵⁶⁸ En el año 2000, las GmbH eran alrededor de un millón, mientras que las AG representaban solamente unas 10 500. REIMAN, M., ZEKOLL, J., *Introduction to German Law*, ob.cit., pág. 143; NEULING, J., *Deutsche GmbH und englische private company. Monismus oder Dualismus im System des Kapitalgesellschaftsrechts*, Carl Heymanns Verlag KG, München, 1997, págs. 2, 29 y 40.

⁵⁶⁹ NEULING, J., *Deutsche GmbH und englische private company. Monismus oder Dualismus im System des Kapitalgesellschaftsrechts*, ob.cit., pág. 40; RÖHRICHT, V., “Feststellung der Satzung”, en *Aktiengesetz Großkommentar*, De Gruyter Recht, Berlin, 2004, págs. 60 y ss.; SCHMIDT, K., “Anfechtungsklage”, en *AktG Großkommentar*, Walter de Gruyter, Berlin, 1996, pág. 181; SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, ob.cit., pág. 776; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 451; REIMAN, M., ZEKOLL, J., *Introduction to German Law*, ob.cit., págs. 145 y ss.; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 22.

El parágrafo 23.5 de la Ley de Sociedades Anónimas alemana (AktG) expresamente dice:

5. Los estatutos solamente pueden diferir de esta reglamentación, cuando esté expresamente autorizado. Disposiciones adicionales en los estatutos están permitidas, a no ser que, esta Ley contenga una reglamentación específica.

Las Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbH) son, en cambio, sociedades con gran autonomía y flexibilidad, pensadas como sociedades generales del Derecho (*Allzweck-Instrument der deutschen Wirtschaftspraxis*), en las que sus miembros pueden regular enteramente su organización y, por tanto, en ellas sí sería factible introducir una cláusula compromisoria en sus estatutos, al contrario que en una AG (resolución de 14/11/2003 de la Corte de apelación de Düsseldorf, *Oberlandesgericht Düsseldorf*, en adelante OLG)⁵⁷⁰.

Tal y como se ha expuesto, analizando estas características tipológicas de las principales sociedades de capital alemanas, la doctrina defiende que sólo se puede arbitrar la impugnación de acuerdos sociales que tengan su causa en una cláusula arbitral inserta en los estatutos de una Sociedades de Responsabilidad Limitada y no en las Sociedades Anónimas, ya que esta última está enteramente regulada por el legislador con el fin de proteger a los inversores y a los acreedores⁵⁷¹. La GmbH cuenta, en cambio, con una estructura personalista, que es lo que la doctrina alemana defiende que le permite adoptar una cláusula arbitral para resolver las impugnaciones de acuerdos sociales, frente a estas otras sociedades de estructura exclusivamente capitalista⁵⁷².

⁵⁷⁰ NEULING, J., *Deutsche GmbH und englische private company. Monismus oder Dualismus im System des Kapitalgesellschaftsrechts*, ob.cit., págs. 30, 40 y ss.; RÖHRICHT, V., "Feststellung der Satzung", ob.cit., pág. 61; SANGIOVANNI, V., "L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano", ob.cit., pág. 778; REIMAN, M., ZEKOLL, J., *Introduction to German Law*, ob.cit., págs. 157 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, ob.cit., pág. 140.

⁵⁷¹ SANGIOVANNI, V., "L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano", ob.cit., pág. 779; SCHMIDT, K., "Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-", ob.cit., págs. 537 y ss.; HENZE, H., "Zur Schiedsfähigkeit von Gesellschafterbeschlüssen im GmbH-Recht", ob.cit., pág. 542; LÜKE, W., BLENKE, H., "Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten -Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung-", ob.cit., págs. 254 y ss.; SCHMIDT, K., "La junta general en la Ley alemana de Sociedades Anónimas y en la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas", ob.cit., pág. 30.

⁵⁷² HENZE, H., "Zur Schiedsfähigkeit von Gesellschafterbeschlüssen im GmbH-Recht", ob.cit., pág. 549; TRITTMANN, R., "Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens- Neuregelungs- gesetzes auf

De acuerdo con estos razonamientos de parte de la doctrina alemana, se ha considerado que los miembros de una GmbH podrán someter a un proceso arbitral aquellos conflictos que surjan dentro de la sociedad, o entre la sociedad y sus socios, e, incluso, aquellos entre los socios mismos, mientras que así se recoja en sus estatutos o en un pacto extra corporativo (convenio arbitral *ad hoc*), siempre que se trate de asuntos de naturaleza patrimonial; y, si no tuvieran una naturaleza patrimonial, serán arbitrables en la medida en que sean susceptibles de transacción, siempre y cuando todas la partes interesadas participen en él⁵⁷³.

Pero una parte minoritaria de la doctrina defiende que también es posible acudir a un árbitro para resolver los conflictos intrasocietarios en las “pequeñas” Sociedades Anónimas y sostienen que, por la rigidez estatutaria que venimos analizando (§ 23.5 AktG), no sería posible que la vía arbitral tenga su causa en una cláusula compromisoria estatutaria, pero sí podría ser posible a través de un pacto extra-corporativo suscrito por todos los socios para un determinado proceso de impugnación. Esta doctrina alega principalmente que, la estructura personalista de estas sociedades de capital (las Sociedades de Responsabilidad Limitada y las “pequeñas” Sociedades Anónimas), en las que todos los socios tienen una participación directa en la gestión y en el funcionamiento de la sociedad, fomenta y hace necesario acudir a los procedimientos arbitrales como un medio válido y eficaz para resolver la impugnación de acuerdos sociales; algo que no es posible en las grandes Sociedades Anónimas abiertas al público o con un gran número de accionistas⁵⁷⁴.

Quienes defienden que es posible que tanto las GmbH como las pequeñas AG acudan al arbitraje para resolver sus conflictos societarios, sostienen que el requisito esencial para poder acudir al arbitraje será que las partes quienes impugnen y las que se

gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten”, ob.cit., pág. 350; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 22.

⁵⁷³ NIGGEMANN, F., “Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne”, ob.cit., pág. 229; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., págs. 2008 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, ob.cit., pág. 346; SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, ob.cit., págs. 774 y ss.

⁵⁷⁴ LÜKE, W., BLENKE, H., „Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten – Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung-“, ob.cit., págs. 276 y ss.; SCHMIDT, K., „Anfechtungsklage“, ob.cit., pág. 181; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, ob.cit., pág. 346.

verán afectadas por el laudo arbitral sean las mismas, algo que sólo es posible en las sociedades de pequeñas dimensiones, como las sociedades familiares, las pequeñas Sociedades Anónimas (AG) o las Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbH). Deberán intervenir todos los interesados y estar vinculados por el convenio arbitral que es fundamento del proceso⁵⁷⁵.

Además, tanto la jurisprudencia como la doctrina advierten la necesidad de que el proceso arbitral ofrezca las mismas garantías que la Ley brinda en los procedimientos jurisdiccionales, aunque no siempre sea posible. Consideran necesario que tenga asegurada, por ejemplo, la reunión ante un solo árbitro de todas las impugnaciones propuestas contra un mismo acuerdo, por la economía procesal y para evitar resoluciones contrapuestas; así como que cuando se inicie un proceso de impugnación se informe a todos los socios de la posibilidad de participar en él (§ 248 AktG)⁵⁷⁶.

En segundo lugar, continuando con la exposición de las diferentes posiciones del Derecho alemán en torno a la impugnación de los acuerdos sociales mediante arbitraje, en el ordenamiento jurídico alemán no existe ninguna prohibición expresa para que se realicen arbitrajes sobre conflictos societarios. Sin embargo, parte de la jurisprudencia y de la doctrina aceptan someter a arbitraje las controversias que surjan entre sus socios o entre estos y la sociedad, pero excluyendo las impugnaciones de acuerdos sociales. Como ejemplo de lo anterior se pueden citar la resolución de la OLG Hamm, que ha determinado que una demanda de un socio contra una GmbH con el fin de obtener información y el derecho de ver los libros de la sociedad, es arbitrable; así como la resolución de 19 de julio de 2004 BGH, que ha reconocido la arbitrabilidad de las controversias entre una Sociedad de Responsabilidad Limitada y un socio, relativos a la obligación de este último de efectuar la aportación⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ SCHMIDT, K., „Anfechtungsklage“, ob.cit., pág. 182; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, ob.cit., pág. 345.

⁵⁷⁶ SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, ob.cit., págs. 779 y ss.

⁵⁷⁷ NIGGEMANN, F., “Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne”, ob.cit., pág. 230; SOMMA, A., “Alemania”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa, T. Galletano, Casa Editrice dott. A. Milani, Padova, 1994, pág. 534; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, ob.cit., pág. 344; SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, ob.cit., págs. 771 y ss.

Esta problemática en torno a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales se ha centrado en tres puntos, tal y como dejamos constancia en el preámbulo de este apartado. El primero consiste en la competencia territorial y material exclusiva de los jueces civiles para conocer este tipo de asuntos; el segundo argumento recae en la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales en concreto; y en tercer lugar, se alegan los derechos de terceros⁵⁷⁸.

En cuanto al primer argumento, la Ley prevé expresamente la competencia exclusiva de los Tribunales donde la sociedad tiene su domicilio (*Landgericht*) para el nombramiento de los miembros del consejo de vigilancia (§ 104 AktG), en las demandas de información (§ 132 AktG) y, sobre todo, para resolver las impugnaciones de nulidad de un acuerdo de asamblea general (§ 246.3 AktG); por lo que, de acuerdo a esta normativa, y bajo la perspectiva de parte de la doctrina alemana, en las Sociedades Anónimas no podría arbitrarse la impugnación de acuerdos sociales⁵⁷⁹.

La competencia exclusiva de un tribunal estatal frente a cualquier otro, con la presunta intención de unificar la jurisprudencia y proteger los intereses que afectan esta materia, como primer argumento en contra de la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje, es un argumento que “incluso en sus versiones menos formalistas, es tachado de falaz por los críticos, aduciendo que la exclusividad de una competencia imperativamente asignada por la Ley a determinado tribunal, opera en el marco de la jurisdicción estatal, pero no resulta *per se* impeditiva de la jurisdicción arbitral”⁵⁸⁰. Este argumento también fue desechado por la jurisprudencia, tras la sentencia del BGH (*Zivilsenat*) de 29 de marzo de 1996, ya que afirma que el parágrafo 246 AktG lo que regula es la competencia material y territorial de los tribunales estatales para el caso de

⁵⁷⁸ SCHMIDT, K., „Anfechtungsklage“, ob.cit., pág. 179.

⁵⁷⁹ SCHMIDT, K., „Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-“, ob.cit., pág. 524; SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, ob.cit., pág. 778; NIGGEMANN, F., “Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne”, ob.cit., págs. 228 y ss.; Sentencia 8/12/1986 OLG Hamm; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 22.

⁵⁸⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, ob.cit., pág. 345. En el mismo sentido SCHMIDT, K., „Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-“, ob.cit., págs. 526 y ss.

que sean llamados a conocer del asunto, y no como exclusión de la vía arbitral frente a la jurisdiccional⁵⁸¹.

En cuanto a la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales, la Sentencia de la OLG Hamm de 18 de diciembre de 1986 consagraba la no disponibilidad de la materia de la impugnación de acuerdos sociales, reflejando el sentir general alemán hasta ese momento. Esta postura sostenía que el objeto de la impugnación de un acuerdo social es comprobar la conformidad del acuerdo con la Ley y con los estatutos y que sobre esta materia no cabía compromiso alguno.

Frente a esta postura parte de la doctrina se opuso, afirmando la disponibilidad de la materia de impugnación de acuerdos sociales en las Sociedades de Responsabilidad Limitada y en las pequeñas Sociedades Anónimas. Esta crítica se fundamentaba en que cuando la Ley habla sobre la transigibilidad del objeto del litigio, alude a las consecuencias de la sentencia y no a las causas del litigio, y afirma que si una materia es inarbitrable, no es porque no sea posible transigir sobre las causas de la misma, sino porque no es posible modificar el objeto del litigio a través de un contrato. En consecuencia, afirman que la impugnación de acuerdos sociales se trata de materia disponible. La derogación del acuerdo, que es la finalidad del proceso, también es posible mediante acuerdo, ya que la junta general puede revocar o dejar sin efecto el acuerdo impugnado⁵⁸².

Esta idea también predomina en otra parte de la doctrina, aunque ésta se muestra más moderada y matizada en cuanto a su defensa de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales. Esta considera materia disponible la impugnación de acuerdos sociales por adolecer de vicios en la convocatoria de la junta, ya que sostienen que al ser posible obviar por los socios los requisitos de convocatoria a través de una junta universal, se trata por tanto materia disponible. Pero, en cambio, consideran que los vicios en el acta de la junta, los acuerdos que contraríen los principios fundamentales de

⁵⁸¹ SCHMIDT, K., „Anfechtungsklage“, ob.cit., págs. 137 y ss.; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 2012; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 449; VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 119.

⁵⁸² MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 2009.

la Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada o cuando se contraríen las normas establecidas en protección de los intereses de los acreedores o del interés público, la moral o las buenas costumbres; se están afectando normas que no son simplemente de organización interna de la sociedad o para proteger a las minorías, sino que también son normas de protección de los terceros ajenos al contrato social. Por tanto estos acuerdos contradicen los intereses públicos y son inarbitrables⁵⁸³.

Posteriormente hubo un cambio en la jurisprudencia alemana siguiendo a esta parte de la doctrina. Tras la Sentencia OLG de Karlsruhe, de 16 de febrero de 1995 y la casación de ésta, BGH (2 Zivilsenat), de 29 de marzo de 1996 se consideró que la impugnación de acuerdos sociales es materia disponible. Esta jurisprudencia sostuvo que si los legitimados para llegar al consenso pueden decidir válidamente la destrucción del acuerdo, revocándolo o modificándolo, reformando disposiciones estatutarias, o interpretándolo en determinado sentido; no considera que existan razones convincentes que establezcan un interés superior por los cuales la revisión de los acuerdos habría de reservarse a un tribunal ordinario, excluyendo el arbitraje⁵⁸⁴.

El tercer argumento en contra del arbitraje, como medio válido para resolver las impugnaciones de acuerdos sociales, ve imposible que la eficacia subjetiva de un laudo sea igual a la de una sentencia. Sostienen que la eficacia del primero sería únicamente entre las partes del proceso, mientras que una sentencia judicial tiene efectos *erga omnes*. Los fundamentos de esta postura se basaban en que los acuerdos sociales se tienen que adoptar en relación con todos sus órganos y miembros y que el laudo arbitral no tiene la necesaria eficacia frente a todos, que sin embargo sí tiene una sentencia judicial (§ 248 AktG)⁵⁸⁵.

⁵⁸³ MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., págs. 2007 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 449.

⁵⁸⁴ MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., págs. 2010 y ss.

⁵⁸⁵ LEIBLE, S., LEHMANN, M., “El arbitraje en Alemania”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, págs. 154 y ss.; VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 119; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, ob.cit., pág. 345; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 136.

El parágrafo 248 de la Ley de Sociedades Anónimas alemana regula los efectos de la sentencia de impugnación de un acuerdo social y dice:

1. Cuando una sentencia sobre nulidad ha sido dictada de forma válida, será la sentencia vinculante para y contra todos los accionistas, así como para los miembros del Consejo de Administración y del Comité de Vigilancia, incluso cuando no hayan sido parte del proceso. El Comité de Vigilancia deberá de inmediato presentar la sentencia en el Registro Mercantil. Si el acuerdo estaba inscrito en el Registro Mercantil, deberá también la sentencia inscribirse. La inscripción de la sentencia será de igual modo comunicada que el acuerdo impugnado.

2. Si el acuerdo incluía alguna modificación estatutaria, la sentencia con el texto completo de los estatutos, al igual que todas las circunstancias de la sentencia y todas las modificaciones de los estatutos que se mantengan firmes, se deberán hacer constar ante un Notario y presentarlo al Registro Mercantil.

Siguiendo este razonamiento, el laudo solamente vinculará a quienes han prestado su consentimiento respecto del convenio arbitral; aunque se reconoce que a través de la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad se está vinculando a todos sus socios y a los administradores. No obstante, en estas circunstancias, tampoco se puede conceder al laudo la eficacia *erga omnes* que sería necesaria⁵⁸⁶.

En contra de este tercer argumento desfavorable al arbitraje, por la supuesta falta de eficacia subjetiva de los laudos arbitrales, hay quien sostiene que éste no sería aceptable en una GmbH; ya que si se pone el proceso de impugnación en conocimiento de todos los interesados, dándoles la oportunidad de participar y defenderse, todos estarán vinculados por el laudo al igual que por la sentencia. Además, el *Bundesgerichtshof*, en la controvertida Sentencia de 29 de marzo de 1996, ha manifestado que, en caso de optar por la vía arbitral a través de una cláusula arbitral inserta en sus estatutos, todos los socios se han adherido a la misma al aceptar formar

⁵⁸⁶ VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 119.

parte de la sociedad y por tanto estarán vinculados a la cláusula arbitral contenida en los estatutos, aunque no hayan sido parte en su conclusión⁵⁸⁷.

Esta sentencia nos hace acentuar que la principal preocupación en cuanto a los límites subjetivos del arbitraje societario en el Derecho alemán radica en la protección de terceros, incluidos los demás socios que no participen en el procedimiento⁵⁸⁸. Pero, en específico en cuanto a los socios, éstos pueden acordar que el laudo sea oponible a todos ellos, si han aceptado en su totalidad el convenio arbitral. Además, esto ni siquiera sería necesario en el momento en que se realice un arbitraje basado en una cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales, ya que, como se dijo, todos los socios estarán vinculados al igual que en un proceso judicial, aunque no todos hayan participado en él. Pero sí que será necesario ponerlos a todos al corriente de la existencia de este proceso, dándoles así la oportunidad de participar en él; al igual que cualquier socio podría adherirse a una demanda de impugnación de un acuerdo social interpuesta por otros socios ante un juez (§ 249 AktG)⁵⁸⁹.

De esta forma, la doctrina alemana sostiene que en un proceso judicial la sentencia que resuelve sobre la impugnación de un acuerdo social vincula a todos los socios, hayan o no participado en el proceso, así como a los administradores; y que, de igual modo, un laudo también vinculará a los que hayan participado en el proceso arbitral, así como a todos aquellos que no hayan participado pero que hayan sido invitados a hacerlo. Los socios, al adquirir la participación social, se han adherido a los instrumentos contractuales dentro de los cuales estaba la cláusula compromisoria, por lo que estarán vinculados por ella. En la medida en que el derecho a participar en el proceso arbitral esté asegurado, no se ve como un obstáculo para que el laudo produzca efectos en los conflictos entre quienes detenten participaciones sociales. En otras palabras, si el socio decide libremente no participar en el proceso, se trata de una

⁵⁸⁷ SCHMIDT, K., „Anfechtungsklage“, ob.cit., pág. 180; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, ob.cit., pág. 345; SCHMIDT, K., „Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-“, ob.cit., pág. 528; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 2012.

⁵⁸⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, ob.cit., pág. 346; VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 119.

⁵⁸⁹ SCHMIDT, K., „Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-“, ob.cit., págs. 533 y ss.

decisión respetable (de no defenderse), que no puede tener como consecuencia minar el éxito del juicio en su conjunto; ya que el laudo tendrá con relación a las partes, la misma fuerza que una sentencia (§ 1055 ZPO), aunque no pueda producir efectos frente a terceros⁵⁹⁰.

Aparte de estas tres objeciones, la doctrina contraria al arbitraje ha considerado como un problema del arbitraje la falta de independencia real del árbitro en relación con la jurisdicción, así como los problemas de practicidad e imparcialidad que surgirían para la elección del árbitro en el caso de un proceso con pluralidad de partes (arbitraje multipartes). Pero ante estas trabas que se le han presentado al arbitraje, se ha contestado que “no es tolerable que se adjudique *a priori* a los árbitros falta de objetividad debido a su designación privada. Esto contradice directamente la equiparación de la jurisdicción privada y la estatal, lo cual era una de las metas de la reforma del Derecho alemán sobre el arbitraje. No existe ningún motivo convincente a favor de un monopolio de la jurisdicción de los Tribunales estatales en la decisión sobre demandas de nulidad de decisiones de una sociedad capitalista”⁵⁹¹

Por lo tanto, en Derecho alemán se puede concluir que las impugnaciones de acuerdos sociales solamente pueden arbitrarse en las GmbH⁵⁹². Esto es lo que también confirmó la mencionada Sentencia del BGH de 29 de marzo de 1996, manteniendo que las impugnaciones de acuerdos de junta general de las AG no son arbitrables y que además ha afirmado de forma inequívoca que solamente una modificación de la actual Ley regulando especialmente esta materia podría permitir su arbitraje en las Sociedades Anónimas (AG)⁵⁹³.

⁵⁹⁰ LÜKE, W., BLENKE, H., „Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten – Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung-“, ob.cit., págs. 266 y 273; SCHMIDT, K., „Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-“, ob.cit., págs. 531 y ss.; SANGIOVANNI, V., “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, ob.cit., pág. 782; MUSIELAK, H., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ob.cit., págs. 2476 y 2573 y ss.

⁵⁹¹ LEIBLE, S., LEHMANN, M., “El arbitraje en Alemania”, ob.cit., pág. 156.

⁵⁹² SCHMIDT, K., „Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-“, ob.cit., pág. 540.

⁵⁹³ NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, ob.cit., pág. 646; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 2013.

IV. El arbitraje societario en los ordenamientos anglosajones: Inglaterra y Estados Unidos de América

1. Preámbulo

Los ordenamientos anglosajones se rigen en parte por el *Common Law* o Derecho consuetudinario, el cual se caracteriza por carecer de una referencia directa al Derecho legislado. Sus principios legales son producto de una jurisprudencia progresiva⁵⁹⁴. Se concibe la Ley como emergente de un contexto evolutivo. A través de casos similares se va estableciendo e interpretando un principio rector que será aplicado en posteriores decisiones y, en algunas ocasiones, codificado⁵⁹⁵. Pero a pesar de estas diferencias, generalmente cuentan con los mismos institutos, principios y limitaciones que los ordenamientos latinos.

En este apartado del Derecho comparado analizaremos de forma conjunta los ordenamientos de Estados Unidos e Inglaterra, por considerar que hacer un estudio separado de cada uno de ellos resultaría repetitivo, ya que en líneas generales comparten su postura favorable al arbitraje, producto de su mentalidad práctica y contractualista.

El arbitraje ha existido desde que existe el *Common Law*⁵⁹⁶, como un instrumento muy útil además de eficaz en la vida normal de los empresarios⁵⁹⁷. Hay una mentalidad pro-arbitraje, tanto en el ámbito judicial (*Shearson/American Express Inc. v. MacMahon [1987]-USA*)⁵⁹⁸, como legislativo (*Arbitration Act 1996 (of England)*),

⁵⁹⁴ KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, Tomo I, LGDJ, Paris, 1987, pág. 262.

⁵⁹⁵ CARBONNEAU, T., *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, University of Illinois Press, Chicago, 1989, págs. 23 y ss.

⁵⁹⁶ TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., pág. 1; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 477.

⁵⁹⁷ MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, Butterworth, London, 1984, págs. 5 y 347; HWANG, M., MUTTATH, R., "Arbitration in Company Matters", en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 5, Paris, 2001, pág. 555; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 18; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 141.

⁵⁹⁸ ROBINSON, M., "Arbitration and Alternative Dispute Resolution", en <http://www.robinsonlaw.co.uk>, London, 2001, [fecha de consulta 30 mayo 2007], págs. 3 y ss.; HWANG, M., MUTTATH, R., "Arbitration in Company Matters", ob.cit., pág. 556; CARBONNEAU, T., « L'arbitrage en droit américain », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, Paris, 1988, pág. 40.

1996 Chapter 23 [17th June 1996], en adelante AA); que tiene su razón de ser en las ventajas que presenta en comparación con el procedimiento jurisdiccional⁵⁹⁹.

De acuerdo con la exposición de motivos del *Revised Uniform Arbitration Act* estadounidense del año 2000 (en adelante UAA), hoy en día el arbitraje es un mecanismo de primera línea favorecido por las Cortes y las partes para resolver disputas de diversas áreas del Derecho. Es un procedimiento que se basa en el consenso y la autonomía de la voluntad de las partes, gracias a la cual pueden “modelar” el proceso de acuerdo a sus propias necesidades. La normativa del UAA será supletoria cuando las partes no hayan establecido alguno de los elementos necesarios para su desarrollo, fomentando las ventajas del arbitraje sobre la jurisdicción estatal⁶⁰⁰.

En este contexto, se estudiarán los ordenamientos inglés y estadounidense, por ser los más representativos y por su proximidad y relación con los principales Derechos estudiados. El análisis del arbitraje desde el *Common Law* se hará de una forma diversa a la realizada en los ordenamientos de base latinos, sin un estudio pormenorizado de sus aspectos formales, sino insistiendo en sus particularidades y diferencias con respecto de aquéllos. Se estudiarán de forma conjunta las características generales del arbitraje como instituto de Derecho, para por último hacer una referencia particular en cada ordenamiento a lo que atañe al arbitraje societario.

Se adelanta que no será de mucho provecho su estudio para la comparación con el sistema español, ya que por tratarse de ordenamientos con unas raíces y un desarrollo legal diferente al nuestro, a pesar del acercamiento que poco a poco se va produciendo, en ellos el contractualismo juega un papel fundamental, y la regulación estatal es considerada como última instancia, reservándose a los mínimos necesarios para que el sistema funcione.

⁵⁹⁹ LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, Université de Paris, Faculté de Droit, Librairie Arthur Rousseau, Toulouse, 1932, pág. 4; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 5.

⁶⁰⁰ CARBONNEAU, T., « L'arbitrage en droit américain », ob.cit., pág. 5; KUPFER SCHNEIDER, A., “Building a Pedagogy of Problem-Solving: Learning to Choose among ADR Processes », en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5, Massachusetts, 2000, págs. 130 y ss.

Específicamente en nuestro objeto de estudio, no se ha encontrado ningún tipo de límites ni en cuanto a la tipología de las sociedades capaces de recurrir al arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción para resolver sus conflictos internos, ni en cuanto al arbitraje mismo como institución, teniendo como único límite a la arbitrabilidad las normas de orden público.

2. El arbitraje en el Derecho societario anglosajón y las materias de libre disposición

En los sistemas anglosajones se permite el arbitraje para la resolución de desacuerdos entre comerciantes desde el siglo XVII, estableciendo procedimientos y normas específicas que debían de ser aplicadas por un experto en comercio. Esta práctica del comercio se debía a que consideraban que además de la falta de familiarización de los jueces civiles con sus normas específicas, resolvían los conflictos de forma muy lenta⁶⁰¹.

En Estados Unidos, en concreto, las cámaras de comercio requerían a sus miembros el uso de contratos tipo con una cláusula arbitral inserta en ellos. Ya en el año 1920 se proclamó el *New York Arbitration Act*, considerando los convenios arbitrales como válidos, irrevocables y ejecutables, pudiendo éstos ser acordados conforme a Derecho o a equidad. Posteriormente, en el año 1980, el Tribunal Supremo estadounidense amplió el campo de acción del arbitraje a materias que antes se consideraban fuera de él, tales como el Derecho de consumo o el Derecho laboral, aunque hubo quienes se opusieron a esto por considerar que los trabajadores y los consumidores generalmente se someten a contratos de adhesión, sin tener una posibilidad real de negociación y con las consiguientes desventajas para ellos que esto genera. Pero, a pesar de esto, quienes defendieron esta postura consideraron que el arbitraje es una especie de “tribunal popular”, más rápido, más barato y accesible a muchas personas que de otra forma no podrían reivindicar sus derechos⁶⁰².

⁶⁰¹ STONE, K., “Arbitration-Domestic”, en <http://www.ssrn.com>, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008], pág. 2; PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica”, ob.cit., págs. 100 y ss.

⁶⁰² STONE, K., “Arbitration-Domestic”, ob.cit., págs. 3 y ss.; MOSES, M., «Privatized «Justice», ob.cit., pág. 1.

El convenio arbitral se puede definir, en este sistema jurídico, como aquél acuerdo entre las partes para someter a un tercero (árbitro) sus diferencias, con el fin de que éste dicte una resolución definitiva y vinculante para ambas (*award*), siempre y cuando verse sobre derechos que igualmente se podrían someter ante un juez y que se respeten las normas de orden público (*Collins v. Collins [1858]-UK*)⁶⁰³.

En estos ordenamientos, el arbitraje se basa en el Derecho contractual y en la jurisprudencia (*Common Law*), además del *Arbitration Act* de 1996 (AA) en Inglaterra; y en Estados Unidos, como normas supletorias a la voluntad de las partes, en la regulación propia de cada Estado y en el *Uniform Arbitration Act* y el *United States Federal Arbitration Act* de 2002 (en adelante FAA)⁶⁰⁴.

En Inglaterra por su parte, históricamente el arbitraje había provocado un sentimiento de desconfianza entre sus jueces, lo cual llevaba a excesivas ingerencias y a una gran supervisión por parte de los tribunales en los procedimientos arbitrales. Pero, poco a poco, la mentalidad fue cambiando hasta optar por un sistema de injerencias mínimas en el *Arbitration Act* de 1996, que al igual que su homólogo estadounidense, no pretende regular todos los aspectos del arbitraje, sino que da absoluta libertad a las partes, fijando únicamente determinadas reglas supletorias en caso que no se hayan establecido todas las normas que regirán el proceso (sección 4 AA). A pesar de lo anterior, en la práctica, el *Arbitration Act* se ha convertido en la principal fuente del Derecho arbitral, remplazando incluso a la jurisprudencia⁶⁰⁵.

⁶⁰³ ROBINSON, M., "Arbitration and Alternative Dispute Resolution", ob.cit., pág. 2; WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 22; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 59; KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, ob.cit., págs. 262 y ss.; AA.VV., "Alternative Dispute Resolution systems as means to solve IP-related conflicts", ob.cit., pág. 1; MARSHALL, E., *Gill: The Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 83; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit., pág. 1; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., pág. 1; STONE, K., "Arbitration-Domestic", ob.cit., pág. 1.

⁶⁰⁴ MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., págs. 6 y ss.; RAU, A., PEDAMON, C., «La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain», ob.cit., pág. 456; MAISONNEUVE, M., «Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability», en *Revue de l'arbitrage*, n° 1, Paris, 2005, pág. 103.

⁶⁰⁵ MARSHALL, E., *Gill: The Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 1; KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, ob.cit., pág. 262; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 497; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 55; WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 2; VEEDER, V., MOOLLAN, S., "Jurisprudence étrangère: Royaume-Uni. Chambre des Lords", en *Revue de l'arbitrage*, n° 4, Paris, 2006, pág. 1019; La Sección 4 del *Arbitration Act*, regula las disposiciones obligatorias y no obligatorias y dice: 1) *Las disposiciones obligatorias de esta sección están enumeradas en el anexo 1 y serán efectivas a pesar de cualquier acuerdo en contra.* 2)

El *Arbitration Act* se fundamenta en tres principios que resumen lo que debe ser un proceso arbitral. El primer principio consiste en que el fin del arbitraje será obtener un resultado justo, sin gastos y sin atrasos innecesarios. El segundo principio tutela la libertad de las partes para decidir cómo han de resolver sus controversias, pero sea cual sea el tipo escogido, los árbitros deberán siempre respetar y aplicar las normas de orden público, tanto procesales como de fondo, así como los principios de defensa y de contradictorio⁶⁰⁶. Y, en tercer lugar, un juez no podrá intervenir en un arbitraje así regulado, salvo cuando le esté expresamente permitido (sección 1 AA)⁶⁰⁷.

La sección 1 del *Arbitration Act* inglés, regula estos principios generales que deben regir el proceso y dice expresamente:

Las disposiciones de esta Parte están fundadas en los siguientes principios, y deberán ser interpretadas de acuerdo a ellos.

a) El objeto del arbitraje es obtener una resolución justa de las disputas por un tribunal imparcial sin atrasos y gastos innecesarios;

b) Las partes deberán ser libres para acordar la forma en que sus disputas serán resueltas, sujetas solamente a aquellas garantías que son necesarias conforme al orden público;

c) En los asuntos regidos por esta Parte un juez no deberá intervenir excepto cuando esté así previsto en esta Parte.

Por norma general se consideran arbitrables todos los asuntos de propiedad y los asuntos de responsabilidad extracontractual (*civil wrong-tort*), siempre y cuando no

Las otras disposiciones de esta sección (las disposiciones “no-obligatorias”) permiten a las partes hacer sus propias regulaciones a través de un acuerdo, pero establecen reglas que se aplicarán en caso de ausencia de este acuerdo. 3) Las partes podrán hacer tales arreglos acordando la aplicación de las reglas de una institución o previendo cualquier otro medio a través del cual el asunto será decidido (...).

⁶⁰⁶ MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., págs. 16 y ss.; ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit. pág. 11.

⁶⁰⁷ ROBINSON, M., “Arbitration and Alternative Dispute Resolution”, ob.cit., pág. 19; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., págs. 44 y ss.; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., págs. 494 y ss.

vayan en contra de las normas de orden público u ofendan “las nociones más básicas de la moral y la justicia del país”⁶⁰⁸. El arbitraje funciona, al igual que las demás formas de solución alternativa de conflictos, fuera del sistema judicial pero no fuera de la Ley⁶⁰⁹.

En Inglaterra, las partes pueden someter a arbitraje los litigios que afecten a sus intereses civiles, es decir, aquellos en los que se reclaman daños de carácter eminentemente patrimonial; aunque también se podrá arbitrar determinada materia penal (por ejemplo, las consecuencias civiles de los delitos) o materia no patrimonial en cuanto sea comprometible⁶¹⁰. En general se acepta que cualquier asunto que pueda ser decidido de forma privada por las partes, o cualquier derecho sobre el cual tengan libre disposición, puede ser arbitrado, siempre que no se viole la competencia exclusiva de los tribunales⁶¹¹. Quedan fuera de la materia arbitrable los asuntos concernientes a las causas criminales, las transacciones ilegales o los fraudes, los asuntos de familia, el estado civil de las personas, cuando exista una regulación especial sobre determinada materia (por ejemplo, Derecho de consumo) y en general todo aquello en contra del orden público⁶¹².

En cambio, en Estados Unidos existe una presunción a favor de la arbitrabilidad de una cuestión y está permitido arbitrar incluso cuestiones que en otros ordenamientos cuentan con una protección especial del Estado, tal y como son el Derecho laboral o los derechos del consumidor (*Moses H. Cone Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24-25 (1983)-USA)⁶¹³. Así, podemos observar como en este ordenamiento es posible arbitrar cuestiones que afecten al orden público sustantivo (no procesal)⁶¹⁴; pero

⁶⁰⁸ ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit. pág. 4; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 497.

⁶⁰⁹ STONE, K., “Arbitration-Domestic”, ob.cit., pág. 2.

⁶¹⁰ WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., págs. 22 y ss.

⁶¹¹ HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, ob.cit., pág. 556; WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 64.

⁶¹² WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 23; FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 151; LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, ob.cit., pág. 31; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 117 y ss.

⁶¹³ MAISONNEUVE, M., « Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability », ob.cit., págs. 102 y ss.; STONE, K., “Arbitration-Domestic”, ob.cit., págs. 1 y ss.; MOSES, M., « Privatized « Justice », ob.cit., pág. 2; BERGER, M., “Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model”, en <http://papers.ssrn.com>, [fecha de consulta 15 abril 2009], págs. 752 y ss.

⁶¹⁴ FESTI, F., *La clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 152. Consideran de orden público, al igual que generalmente en otros países, los Derechos de competencia, el Derecho de patentes y marcas, la quiebra de empresas, así como el Derecho de los consumidores y de trabajo. Son derechos que afectan no solamente a los intereses de las partes contratantes, sino que afectan a la sociedad en general. RAU, A., PEDAMON, C., « La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain », ob.cit., pág. 470.

esto no quiere decir que se pueda ir en contra de él, ya que este es “irrenunciable” (*non weivable*)⁶¹⁵, y se deberá aplicar bajo pena de ver anulado el laudo (sección 23.a.1 UAA)⁶¹⁶. En Estados Unidos el orden público y las normas imperativas tienen una función delimitadora del campo de acción del arbitraje, incluso cuando se trata de arbitrajes de equidad⁶¹⁷.

El árbitro debe aplicar el Derecho relevante para el caso concreto, garantizando así el debido proceso y el principio de contradictorio indispensables en cualquier procedimiento (orden público procesal)⁶¹⁸. La jurisprudencia ha dicho que optar por un arbitraje no consiste en renunciar a que se aplique el Derecho sustantivo, sino que solamente es un cambio en la vía para resolver el conflicto (*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 628 (1985)-USA)⁶¹⁹.

3. El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales

En estos ordenamientos no hacen ninguna distinción, como elemento determinante en la regulación del arbitraje societario, entre el tipo de sociedad, sea esta una sociedad abierta o cerrada; ni existe ninguna prohibición para el arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales, así como tampoco se hace referencia o distinción entre los acuerdos de junta general nulos o anulables como posibles factores que limiten el ámbito de acción de esta vía alternativa a la judicial.

El objeto de un arbitraje deberá ser un verdadero litigio entre las partes y, para saber su alcance, es indispensable estudiar el convenio o la cláusula que lo regula⁶²⁰.

⁶¹⁵ GOLDMAN, L., “Contractually Expanded Review of Arbitration Awards”, ob.cit., pág. 172.

⁶¹⁶ RAU, A., PEDAMON, C., «La contractualisation de l’arbitrage: le modèle américain», ob.cit., págs. 470 y ss. El artículo 23.a.1 del *Uniform Arbitration Act*, que regula la anulación de los laudos, dice: a) *Tras la petición de una de las partes de un procedimiento arbitral al tribunal, el tribunal deberá anular el laudo dictado en un procedimiento arbitral si: 1. El laudo ha sido dictado con corrupción, fraude u otros medios excesivos.*

⁶¹⁷ RAU, A., PEDAMON, C., «La contractualisation de l’arbitrage: le modèle américain», ob.cit., pág. 453; MAISONNEUVE, M., «Le droit américain de l’arbitrage et la théorie de l’unconscionability», ob.cit., pág. 104.

⁶¹⁸ CARBONNEAU, T., «L’arbitrage en droit américain», ob.cit., pág. 5.

⁶¹⁹ MAISONNEUVE, M., «Le droit américain de l’arbitrage et la théorie de l’unconscionability», ob.cit., pág. 109.

⁶²⁰ WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., págs. 51 y 82.

Recurrir al arbitraje en el *Common Law* no representa un abandono de los derechos de las partes, sino que los árbitros, al igual que los jueces, están capacitados para interpretar y aplicar la normativa vigente. Es una alternativa que se presenta a las partes para que éstas escojan la vía por la que se resolverá el conflicto, pero con base en la misma Ley⁶²¹. El árbitro, de acuerdo con el modelo contractual, determinará lo que él considere justo, aplicando su propia interpretación de la Ley y su sentido de la equidad a los hechos que le son presentados, dictando un laudo que deberá reflejar más el espíritu que la letra del acuerdo⁶²².

Ambos ordenamientos (inglés y estadounidense) permiten la inserción de la cláusula compromisoria en los estatutos sociales (*Bylaws/Articles*), tanto de sociedades como de asociaciones, y será eficaz en aquellos litigios frente a la sociedad, entre la sociedad y sus socios o de los socios entre sí (sección 6.a UAA), cuando tenga su causa en la sociedad (*Bonnin v. Neame [1910]-UK*)⁶²³. Así, la cláusula arbitral vincula tanto a sus partes actuales como a cualquier cesionario del contrato que la contiene (*Shaylor v. Woolf [1946]-UK* y *EEOC v. Waffle House, Inc., 534 U.S. 279, 122 S. Ct. 754 (2002)-USA*), excluyendo a cualquier tercero (sección 58 AA y *Tweddle v. Atkinson [1861]-UK*)⁶²⁴.

La sección 6, apartado a, del *Uniform Arbitration Act* norteamericano, que regula la validez del acuerdo arbitral dice así:

a) *Un acuerdo contenido en un documento para someter a arbitraje cualquier controversia existente o que pueda surgir entre las partes de dicho acuerdo es válido,*

⁶²¹ CARBONNEAU, T., *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, ob.cit., pág. 132.

⁶²² RAU, A., PEDAMON, C., «La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain», ob.cit., pág. 452.

⁶²³ HWANG, M., MUTTATH, R., "Arbitration in Company Matters", ob.cit., págs. 556 y ss. En Derecho norteamericano su interpretación deberá hacerse conforme al Derecho contractual, ya que consideran a los estatutos sociales como un contrato ente la sociedad y sus socios y entre los socios mismos (*Elbadramany v. Stanley, 490 So.2d 964, 964-65 (Fla.Dist.Ct. App.1986)*; *Wigod v. Chicago Mercantile Exchange, 490 N.E.2d 39 (Ill.App. Ct. 1986)*; *ER Holdings, Inc. v. Norton Co., 735 F.Supp.1094, 1097 (D.Mass.1990)*; *Kiosco Inc. v. Dinsmore, 674 A.2d 483, 492 (Del. Ch.1995)-USA*); WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 170.

⁶²⁴ DODGE BYRNES, J., POLLMAN, E., "Arbitration, Consent and Contractual Theory: The implications of *EEOC v. Waffle House*", ob.cit., págs. 289 y ss.; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., págs. 88 y ss.; WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 63; HWANG, M., MUTTATH, R., "Arbitration in Company Matters", ob.cit., págs. 556 y ss.

ejecutable e irrevocable, excepto cuando haya algún motivo conforme a la Ley o en equidad que permita revocar un contrato.

Por su parte, la sección 58 del *Arbitration Act* inglés regula los efectos del laudo y dice:

1) A menos que las partes acuerden otra cosa, un laudo dictado por el tribunal de conformidad con un convenio arbitral será definitivo y vinculante para ambas partes y para cualquier persona que haya reclamado por o mediante él.

2) Esto no afecta el derecho de una persona para apelar el laudo a través algún proceso disponible de apelación arbitral o de revisión o de acuerdo con las previsiones de esta sección.

Por tanto, la cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales vincula a la sociedad y a todos los que sean parte o lleguen a formar parte de ella, determinando además el alcance de la competencia del árbitro. No se hace ningún tipo de distinción en cuanto a socios originarios o nuevos (*Beattie v. Beattie [1938]-UK*), ya que éstos últimos se consideran en igualdad de condiciones, derechos y obligaciones que los primeros (*Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Association [1915]-UK*)⁶²⁵.

En Estados Unidos cuando se habla de quienes son capaces de someter sus litigios a arbitraje (sección 2 UAA) se habla de personas, definidas previamente en la sección 1.5 UAA, dentro de la cual están contempladas tanto las personas físicas como jurídicas. Es evidente así que el ámbito de la materia arbitrable se ha visto ampliado al Derecho societario y a conflictos que antes se consideraban fuera de su campo de acción, principalmente en los asuntos comerciales (sección 1 FAA)⁶²⁶.

⁶²⁵ WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 31 y 63; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 58, 106, 119 y 364; HWANG, M., MUTTATH, R., "Arbitration in Company Matters", ob.cit., pág. 557.

⁶²⁶ RAU, A., PEDAMON, C., «La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain», ob.cit., pág. 471.

La sección 1.5 del *Uniform Arbitration Act*, define lo que ha de entenderse por persona, y dice:

5) *Persona significa un individuo, sociedad, fundación, patrimonio, fideicomiso, asociación, sociedades de responsabilidad limitada, joint venture, gobierno; subdivisión gubernamental, agencia, o instrumento; sociedad cotizada; o cualquier otra entidad legal o comercial.*

La jurisprudencia y la doctrina se han encargado de ir estableciendo pautas en cuanto a la arbitrabilidad de las controversias intrasocietarias y, por ejemplo, se ha dicho que las acciones de minoría, en las que un socio puede alegar que los asuntos de la sociedad están siendo conducidos en perjuicio o ignorando los intereses de los socios minoritarios, son perfectamente arbitrables⁶²⁷. No existe tampoco ninguna limitación, en ninguna de las dos normativas, que impida a un árbitro determinar la disolución de una sociedad, si el acuerdo arbitral en el que se fundamenta es suficientemente amplio para contenerlo⁶²⁸.

Pero a pesar de esta última afirmación, existe otra postura, en el Derecho inglés, que no considera que un árbitro sea capaz de declarar la disolución de una sociedad conforme a criterios de equidad, ya que la jurisprudencia lo que ha considerado arbitrable ha sido la disolución de sociedades personalistas (*partnerships*), y no de sociedades de capital (*companies*), en las cuales sus socios son solidariamente responsables y no tienen la responsabilidad limitada a su aportación como es el caso de las segundas en perjuicio de los acreedores (terceros)⁶²⁹.

Por otra parte, en Estados Unidos, últimamente, a pesar de la presunción de arbitrabilidad de todas las controversias y de considerar el arbitraje como un medio además de válido, eficaz para resolver los conflictos societarios, se está reflexionando acerca de los beneficios que aporta el arbitraje para las grandes sociedades de capital, los cuales se piensa que son menores que sus desventajas, siendo por tanto actualmente

⁶²⁷ HWANG, M., MUTTATH, R., "Arbitration in Company Matters", ob.cit., págs. 565 y ss.

⁶²⁸ WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 197; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 143.

⁶²⁹ HWANG, M., MUTTATH, R., "Arbitration in Company Matters", ob.cit., págs. 562 y ss.; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 112.

la excepción y no la regla. En el Estado de Delaware, como ejemplo muy representativo, los jueces son famosos por la rapidez y tecnicidad de sus decisiones, teniendo los árbitros que competir con estas características de los fallos judiciales. Otro factor que influye en esta nueva tendencia “jurisdiccionalista” son los altos costes del arbitraje frente a la exención de estos por las cortes de Delaware que tienen unas cuotas mínimas para llevar a cabo el procedimiento⁶³⁰.

Además de todo esto, para una gran sociedad de capital en la que los inversores requieren de seguridad en las decisiones y por tanto que exista una seguridad del tráfico comercial, la inseguridad que genera el arbitraje no es un punto a su favor. Esto último porque consideran que una corte arbitral tendrá “más libertad” a la hora de decidir el asunto, no así la corte estatal, que brinda certeza y seguridad a las partes, ya que en éstas saben a qué deben atenerse, porque los jueces estatales deberán aplicar el *case law* que se ha ido formando y que ya ha aplicado en otros casos similares. Por otro lado se piensa que existe un coste social por el paso de la justicia estatal a la privada; la falta de transparencia que caracterizan al arbitraje afecta la confianza de los inversores y se merma el interés público en favor de los intereses privados⁶³¹.

4. Breve referencia a los aspectos procesales del arbitraje en los ordenamientos anglosajones

Cuando existe un acuerdo arbitral en Derecho inglés, si una de las partes lo somete a una corte estatal, el juez deberá abstenerse de conocer el asunto y remitirlo al

⁶³⁰ DAMMANN, J., HANSMANN, H., “Extraterritorial Courts for Corporate Law”, en <http://www.ssrn.com>, May 2005, [fecha de consulta 23 septiembre 2008], págs. 30 y ss.; DARI-MATTIACCI, G., “Arbitration versus Settlement”, en <http://www.ssrn.com>, Amsterdam Center for Law and Economics, Tinbergen Institute, 20 de septiembre 2007, [fecha de consulta 22 de septiembre 2008], pág. 4; EISENBERG, T., MILLER, G., “The Flight from Arbitration: An Empirical Study of Ex Ante Arbitration Clauses in Publicly-Held Companies’ Contracts”, ob.cit., págs. 2 y ss.

⁶³¹ JOHNSON, J., BRUNET, E., “Arbitration of Shareholder Claims: Why Change is Not Always a Measure of Progress”, ob.cit., págs. 3 y ss.

árbitro competente (*Scott v. Avery clauses*)⁶³², a menos que compruebe que la cláusula es nula, inoperante o incapaz de producir efectos (sección 9.4 AA)⁶³³.

En Estados Unidos, se sigue el mismo procedimiento y si una parte del compromiso no quiere respetar el compromiso arbitral previamente adquirido, la otra parte puede solicitar al juez competente que ordene su cumplimiento de acuerdo a las condiciones del acuerdo (artículo 4 FAA)⁶³⁴; y éste una vez que ha constatado que existe un convenio escrito de arbitraje, debe suspender cualquier proceso a él sometido hasta que el arbitraje haya tenido lugar (sección 3 FAA y 7 UAA)⁶³⁵.

Una característica especial del Derecho inglés es el primado de la oralidad sobre la escritura. Todos los documentos deben ser leídos al árbitro en la audiencia, así como los testimonios de los testigos, lo que será tomado en cuenta por el árbitro, sin que éste haya estudiado de antemano los alegatos de las partes⁶³⁶.

Asimismo, el árbitro en el Derecho inglés cuenta con el poder de ordenar todas las medidas cautelares que considere oportunas y que podría ordenar en su decisión final, siempre y cuando la cláusula arbitral acordada por las partes incluya estos poderes, primando por tanto siempre la voluntad de las partes (sección 39 AA)⁶³⁷. Pero el árbitro no cuenta con el poder coercitivo, por lo que para la ejecución de medidas

⁶³² MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 127. Un ejemplo típico de estas cláusulas es: "La obtención de un laudo será requisito indispensable y precedente a tomar cualquier medida de acuerdo a la Ley". Su fin es asegurarse que las partes acudan al arbitraje como medio para la resolución de los litigios, y por tanto se establece como condición previa a acudir a un tribunal. ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, ob.cit. pág. 34; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 589.

⁶³³ Sección 9.4 Arbitration Act. *Suspensión del proceso*. 4) *De acuerdo con esta sección, la corte deberá garantizar la suspensión del proceso a menos que considere que el acuerdo arbitral es nulo e inválido, inoperante o incapaz de ejecutarse.*

⁶³⁴ CARBONNEAU, T., « L'arbitrage en droit américain », ob.cit., pág. 5.

⁶³⁵ Sección 3 Federal Arbitration Act. *Suspensión del proceso cuando existe una cuestión referible a arbitraje*. Si cualquier acción o procedimiento es llevado ante una corte de los Estados Unidos sobre una cuestión referible a arbitraje por un acuerdo arbitral escrito, la corte en la cual pende dicho asunto, habiendo constatado que dicha cuestión es referible a arbitraje de conformidad con dicho acuerdo, deberá, por petición de una de las partes, suspender el proceso de la acción hasta que dicho arbitraje haya sido realizado de conformidad con los términos del acuerdo (...).

⁶³⁶ MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 18.

⁶³⁷ KREINDLER, R., « Arbitrage et recours juridictionnels : l'attitude des parties étrangères ayant à opter entre un arbitrage et un procès aux Etats-Unis », en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 2, Paris, 1998, pág. 189. Sección 39 Arbitration Act. *Poder para dictar laudos provisionales*. 1) *Las partes son libres de acordar que el tribunal tenga poder para ordenar, de forma provisional, cualquier remedio que pueda ordenar en un laudo final. (...) 4) A menos que las partes acuerden otorgar este poder al tribunal, el tribunal no cuenta con ese poder. Esto no afecta sus poderes de acuerdo a la sección 47 (...).*

cautelares o la ejecución forzosa del laudo, necesitará de la ayuda de un juez (Tribunal Supremo)⁶³⁸.

En cambio, cuando no se haya iniciado el proceso arbitral y sean necesarias algún tipo de medidas provisionales, a solicitud de una de las partes, cualquier tribunal norteamericano puede decretarlas para proteger la efectividad del futuro arbitraje; pero si el arbitraje ya está en curso, el árbitro tiene la facultad de ordenar él mismo éstas medidas, aunque en caso de ser urgente, puede la parte solicitarlas al juez y ser revisadas posteriormente por el árbitro, sin que por ello la parte que recurre al juez esté renunciando al proceso arbitral (sección 7 FAA y 8 UAA)⁶³⁹.

Para el laudo en Derecho inglés se exige la forma escrita (sección 52.3 AA)⁶⁴⁰, además de la firma del árbitro y el nombre exacto de las partes y no una mera referencia a ellas⁶⁴¹. El laudo no es directamente ejecutivo, sino que requiere del exequátur por el Tribunal Supremo⁶⁴², y será oponible únicamente a sus partes, sin crear ningún tipo de derechos ni obligaciones respecto de terceros ajenos al proceso⁶⁴³.

En Derecho norteamericano es posible que las partes acuerden que el laudo no pueda ser anulado, por lo que habrá que analizar cada caso en concreto para saber si se cuenta o no con esta posibilidad⁶⁴⁴. Pero cuando un laudo es dictado, los jueces lo considerarán como vinculante y en caso de que sea necesaria su revisión por considerar que el árbitro ha violado el acuerdo de las partes, solamente podrán revisar esto y no el fondo del asunto⁶⁴⁵.

⁶³⁸ MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., págs. 15 y ss.

⁶³⁹ KREINDLER, R., « Arbitrage et recours juridictionnels... », ob.cit., pág. 180.

⁶⁴⁰ MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 367 y ss.; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 865. Sección 52.3 Arbitration Act. *Forma del laudo*. 3) *El laudo deberá ser escrito, firmado por todos los árbitros o por todos aquellos conformes con él*.

⁶⁴¹ MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., págs. 26 y 337 y ss.; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 779.

⁶⁴² MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., págs. 367 y ss.

⁶⁴³ MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 364 ; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., pág. 869.

⁶⁴⁴ RAU, A., PEDAMON, C., «La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain», ob.cit., pág. 458.

⁶⁴⁵ STONE, K., "Arbitration-Domestic", ob.cit., pág. 1.

Pero si en el laudo existe algún error material de cálculo, en las personas, en las cosas o en la propiedad referidos en el laudo; si el árbitro ha decidido sobre asuntos no sometidos a él, o cuando el laudo sea imperfecto en asuntos meramente de forma, sin afectar el fondo del asunto, el juez será competente para subsanarlo (sección 11 FAA y *M&C Corp. v. Erwin Behr & Co.*, 87 F.3d.844, 851 (6th Cir.1996)-USA)⁶⁴⁶. Pero cuando el laudo viole de forma manifiesta la Ley o el orden público “*manifest disregard of the law*”, podrá solicitarse su anulación, dentro de los noventa días siguientes a que haya sido dictado (sección 23 UAA)⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ Sección 11 Federal Arbitration Act. *Lo mismo; modificación o corrección; fundamentos; orden. En cualquiera de los siguientes casos, la corte estadounidense en y para el distrito donde el laudo fue dictado podrá hacer una orden modificando o corrigiendo el laudo tras la solicitud de cualquiera de las partes del arbitraje-* A) Cuando ha habido un evidente error material de cálculo de figuras o un evidente error material en la descripción de alguna persona, cosa o propiedad referida en el laudo. B) Cuando los árbitros hayan decidido sobre un asunto no sometido a ellos, siempre que se trate de algo que no afecte los fundamentos de la decisión sobre el asunto sometido. C) Cuando el laudo es imperfecto materialmente o formalmente sin que afecte los fundamentos de la controversia. La orden podrá modificar y corregir el laudo, con este propósito y con el fin de promover la justicia entre las partes.

⁶⁴⁷ DRAHOZAL, CH., « Is Arbitration Lawless? », en <http://www.ssrn.com>, University of Kansas School of Law, [fecha de consulta 22 de septiembre 2008], pág. 9.

SEGUNDA PARTE: EL ARBITRAJE Y LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

CAPÍTULO PRIMERO: La cláusula arbitral como fundamento del arbitraje intrasocietario

I. Preámbulo

El arbitraje como instrumento para resolver conflictos societarios presenta una serie de ventajas, que ya las hemos analizado en un capítulo precedente⁶⁴⁸, pero para que éstas puedan ser realmente efectivas se deben de cumplir una serie de presupuestos.

Dentro de estos presupuestos está la preferencia, e incluso la necesidad (cuando se pretenda realizar mediante arbitraje la impugnación de acuerdos sociales) por la cláusula arbitral inserta en los estatutos de una sociedad de capital para dirimir eficazmente los problemas intrasocietarios. En cambio, para solucionar los conflictos entre sociedades o entre la sociedad u otras personas físicas o jurídicas, como por ejemplo sería la acción de responsabilidad contra un administrador o un auditor, resultaría factible y conveniente optar por el convenio arbitral *ad hoc*.

Aunque el Derecho español no lo exija de forma expresa, optar por una cláusula arbitral estatutaria tiene ventajas evidentes con respecto al compromiso arbitral *ad hoc* a la hora de tener que elegir por una u otra vía para solucionar los conflictos que surjan en el seno de una sociedad de capital. Estas ventajas son, por ejemplo, la previsibilidad y la vinculación de todos los socios y los órganos sociales a ella si se cumple con todos los requisitos que la Ley establece.

La materia de libre disposición, tal y como se analizó en la parte general de esta Tesis, es un requisito indispensable de arbitrabilidad⁶⁴⁹. En el Derecho societario en particular también será necesario determinar cuál es la materia de libre disposición por

⁶⁴⁸ Ver páginas 60 y siguientes.

⁶⁴⁹ Ver páginas 36 y siguientes.

los socios y por la sociedad, para comprender cuál es la materia susceptible de ser arbitrada.

En este capítulo nos referiremos a la normativa legal existente que fomenta o faculta a una sociedad a incluir una cláusula arbitral en sus estatutos para resolver de esta forma sus conflictos internos. Esta referencia la haremos con una visión crítica, evaluando su oportunidad y resaltando las posibles objeciones que encontremos para su plena eficacia.

También estudiaremos la divergencia de opiniones en torno a la posibilidad de adoptar una cláusula arbitral por una sociedad ya constituida, sobre la mayoría requerida para ello, así como la vinculación que ésta tendrá con respecto a la sociedad y a los socios presentes y futuros. Habrá también un apartado específico que se referirá a los efectos que tiene la cláusula arbitral frente a los terceros, ya que como es evidente no pueden verse vinculados por una cláusula arbitral estatutaria por no ser parte de la misma, pero analizaremos cómo sí se verán afectados, al menos de una forma refleja, por sus efectos, ya que se trata de un hecho jurídico que deben reconocer aunque no los vincule.

Este capítulo tiene como finalidad despejar el panorama en el que se desenvolverá o que será el fundamento de nuestro posterior análisis, aclarando conceptos y tomando posición en cuanto a estas diferentes formas de afrontar la cláusula arbitral como legitimadora del arbitraje para resolver los conflictos que surjan en el ámbito interno de las sociedades de capital.

II. El arbitraje societario y la cláusula arbitral: necesidad, requisitos y características

1. Los estatutos sociales como sede adecuada para la cláusula arbitral en el arbitraje societario, y en particular, respecto a la impugnación de acuerdos sociales

1.1 Preámbulo

La cláusula compromisoria inserta en los estatutos de una sociedad es el acuerdo por el que los socios se comprometen a someter a un árbitro los futuros conflictos que puedan surgir entre ellos, o entre ellos y la sociedad, por razón de ésta⁶⁵⁰. Así, el límite objetivo de la cláusula arbitral estatutaria lo constituyen todas las controversias jurídicas que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad, que versen sobre derechos disponibles relativos a la relación societaria (artículos 2.1 y 9.1 LA)⁶⁵¹.

La cláusula arbitral en las sociedades de capital puede estar presente desde el inicio en los estatutos originarios o puede ser introducida posteriormente, ya sea de manera preventiva o cuando se haya producido una controversia y se acuerde expresamente su inclusión en los estatutos para solucionar dicho conflicto por esta vía.

Aunque no se exija la adopción de una cláusula arbitral en los estatutos originarios de una sociedad de capital como único medio eficaz para la resolución de las controversias intrasocietarias, es preferible, principalmente por tres razones.

En primer lugar, incorporar una cláusula arbitral antes de que surja el conflicto permite a los socios regular mejor todos los aspectos posibles del procedimiento a seguir en caso de controversias, así como existe también la posibilidad de que en dicha cláusula se remita para su regulación a una institución especializada, ambas posibilidades de difícil realización en el momento de un conflicto latente.

⁶⁵⁰ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 26, 66 y ss.

⁶⁵¹ MARENGO, R., “Art. 807 c.p.c. (Forma del compromesso)”, ob.cit., pág. 17; FABIANI, M., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario alla luce delle disposizioni del D. Lgs. N. 5 del 17 gennaio 2003”, en *Bollettino economico. 2 quaderni di studi economici e giuridici*, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Ancona, Ancona, Luglio 2003, pág. 4; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 67.

En segundo lugar, y como principal argumento en favor de la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad de capital, se sostiene que se prefiere la cláusula arbitral estatutaria al convenio arbitral *ad hoc* por la amplitud de su eficacia subjetiva, especialmente cuando ésta está en los estatutos de una sociedad de capital, vinculando a las mismas personas que vincularía un sentencia judicial de impugnación de acuerdos sociales: a la sociedad y a sus órganos, así como a todos los socios, hayan votado o no a favor del acuerdo o lo hayan impugnado o no.

Y, en tercer lugar, es además un instrumento recomendable para relaciones que se pretende que sean duraderas, ya que fomenta una actitud positiva para continuar con la marcha de una sociedad, aunque exista algún tipo de conflicto, ya que se podrá solucionar mientras se continúa con el desarrollo normal del negocio⁶⁵².

En resumen, la cláusula arbitral estatutaria es la forma de convenio arbitral que más conviene a las sociedades de capital cuando quieren resolver a través de este medio alternativo a la jurisdicción las futuras disputas intrasocietarias, ya que su eficacia subjetiva será realmente la misma que la de una sentencia, algo que no se conseguiría cuando la cláusula arbitral se encuentra en otros documentos societarios o parasocietarios sin su misma eficacia. Asimismo será también necesario que la cláusula esté correctamente estipulada y en ella se comprendan todos los conflictos posibles, aunque sin ser demasiado general o “vaga”.

1.2 La eficacia limitada de otros documentos societarios que pueden contener la cláusula arbitral: los pactos parasociales y el reglamento interno de la junta general

La cláusula arbitral como instrumento esencial para el arbitraje intrasocietario también se puede encontrar en otros documentos societarios, tales como los pactos parasociales o el reglamento interno de la junta general; pero las cláusulas de este tipo

⁶⁵² AA.VV., “Alternative Dispute Resolution systems as means to solve IP-related conflicts”, en <http://www.ipr-helpdesk.org>, febrero 2006, [fecha de consulta 8 junio 2007], pág. 2; MARENGO, R., “Art. 806 c.p.c. (Compromesso)”, ob.cit., págs. 2 y ss.; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 368; KUPFER SCHNEIDER, A., “Building a Pedagogy of Problem-Solving: Learning to Choose Among ADR Processes”, ob.cit., pág. 133.

carecerán, en principio, de la eficacia subjetiva que tiene aquella que se encuentra en los estatutos de una sociedad⁶⁵³.

Los pactos parasociales son aquellos “celebrados fuera de la escritura constitutiva entre todos los socios o entre grupos de socios orientados a la derogación o modulación de aspectos corporativos materialmente estatutarios, estableciendo un ordenamiento social paralelo de diverso alcance, generalmente *praeter legem* y a veces *secundum legem*, con la finalidad de ocultar pactos generadores de obligaciones accesorias del socio frente a la sociedad y así sustraerlas de eventuales pretensiones de terceros, e incluso *contra legem*, en contradicción con normas imperativas, con el orden público o con los principios de información del tipo. En sustancia, los intervinientes disponen con carácter reservado de los derechos inherentes a la condición de socio, obligándose recíprocamente a ejercitarlos en un sentido determinado”⁶⁵⁴.

El artículo 112, inciso primero, de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, que regula la publicidad de los pactos parasociales y de otros pactos que afecten a una sociedad cotizada, define los pactos parasociales como:

1. A los efectos de lo dispuesto en este título, se entienden por pactos parasociales aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las Sociedades Anónimas cotizadas. Lo dispuesto en este artículo respecto de los pactos parasociales se aplicará también a los supuestos de pactos que con el mismo objeto se refieran a obligaciones convertibles o canjeables emitidas por una Sociedad Anónima cotizada.

Se trata en definitiva de aquellos pactos entre todos los socios o parte de ellos y los administradores o entre éstos y terceros, o cualquier otra combinación posible entre

⁶⁵³ En principio, se afirma que la eficacia de la cláusula arbitral inserta en un pacto parasocial no es la misma de aquella inserta en los estatutos sociales. Pero cuando todos los socios sean parte de dicho pacto, sí tendrá la misma eficacia, como sería por ejemplo el caso del Protocolo Familiar. JUSTE MENCIA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 246.

⁶⁵⁴ DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos”, en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, coord. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pág. 158.

los mismos, que buscan regular alguna cuestión relacionada directamente con la sociedad pero eludiendo los estatutos sociales⁶⁵⁵. En ellos es posible estipular una cláusula arbitral, pero se verá matizada y condicionada por la falta de publicidad registral, lo que implica que sólo vinculará a los socios que los suscribieron (artículo 1257CC) y a sus herederos, sin vincular a la propia sociedad, los demás socios, los socios sucesivos, ni al resto de personas que tengan relación con la sociedad, a menos que lo acepten expresamente (artículos 7.1 LSA y 11 LSRL)⁶⁵⁶.

Además de que carecen de la publicidad necesaria para vincular a todos los socios y a la sociedad, no es el instrumento adecuado para contener la cláusula arbitral⁶⁵⁷. Por lo que aunque nada impide que se perfeccione un convenio arbitral entre ciertos socios en un pacto parasocial, éste tendrá una naturaleza privada y estará regido

⁶⁵⁵ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 55; ROVIRA, A., *Pactos de socios*, ob.cit., pág. 322; ALONSO LEDESMA, C., “Pactos Parasociales”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 853 y ss.; En SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002 (en adelante *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*), el artículo 26 regula los pactos parasociales, y dice: 1. *Los pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos no serán oponibles a la sociedad.* 2. *En las sociedades cotizadas, los pactos parasociales se regirán por lo establecido en el Libro III de este Código.* 3. *Son nulos aquellos pactos parasociales por los que uno o varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de socios o terceros.*

⁶⁵⁶ CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 315; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 290; BLANDINI, A., “La clausola compromissoria nell’arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo”, ob.cit., pág. 607; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, ob.cit., pág. 36; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 202 y 229; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos”, ob.cit., pág. 159; ROVIRA, A., *Pactos de socios*, ob.cit., pág. 27; GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la Voluntad y sus principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades Mercantiles, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 1873; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 55; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 91; CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, ob.cit.; SAP de Barcelona (Sección 15ª), 18 de noviembre de 1996, fundamento de Derecho segundo; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, págs. 164 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 15; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 137; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, págs. 298 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 62.

⁶⁵⁷ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 202.

por el principio de libertad de forma, por lo que no podrá acceder al Registro Mercantil ni tener la publicidad que una cláusula de este tipo requiere (artículos 7 y 10 LSA)⁶⁵⁸.

A pesar de lo anterior, un ejemplo de pacto parasocial muy común que sí puede contener una cláusula arbitral es el Protocolo familiar. Pero, tal y como afirmábamos, su eficacia será únicamente interna, aunque si el Protocolo familiar está inscrito en el Registro Mercantil, en aras de la seguridad jurídica y como condición inexcusable, sí será oponible a terceros y a la propia sociedad⁶⁵⁹.

El Protocolo familiar es “un instrumento contractual potestativo –como potestativa es su publicidad- regulador del buen gobierno (“Corporate Governance”) de la empresa familiar (“family business”)⁶⁶⁰.

En cuanto a la eficacia únicamente interna del Protocolo familiar, la Resolución de 30 de septiembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el fundamento de Derecho tercero, aclara la naturaleza de la publicidad del Protocolo familiar inscrito. Dice que “a este efecto cabe recordar que la publicidad que regula el artículo 5 del Real Decreto 171/2007 es una mera publicidad noticia, que da a conocer la existencia de un Protocolo familiar pero no su contenido, y que por su propia definición no entraña la calificación de sus cláusulas, no genera un efecto de publicidad material, ni, mucho menos, garantiza su cumplimiento. Sólo estaría amparada por la fe pública registral la modificación estatutaria inscrita como consecuencia de la ejecución de un protocolo familiar publicado (artículo 7 del citado Real Decreto), y como tal cláusula estatutaria inscrita obligaría a los socios (artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas)”.

⁶⁵⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 290; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 138.

⁶⁵⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2008, págs. 243 y ss.; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

⁶⁶⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El “enforcement” societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 29, 2007-2, pág. 146; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, ob.cit., pág. 38.

Este pacto parasocial tan especial, se encuentra definido en el artículo 2 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos familiares.

El artículo 2, del Real Decreto 171/2007, sobre definición del Protocolo familiar y su publicidad dice así:

1. A los efectos de este Real Decreto se entiende por Protocolo familiar aquel conjunto de pactos sucritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.

2. La sociedad sólo podrá publicar un único Protocolo, suscrito por sus socios, si bien el mismo puede ser objeto de diversas formas de publicidad. En el supuesto que el Protocolo familiar afecte a varias sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna. Publicada la existencia de un Protocolo no podrá reflejarse en el Registro Mercantil la constancia de otro diferente si no se expresare en la solicitud que el que pretende su acceso al Registro, es una modificación o sustitución del publicado.

3. La publicidad del Protocolo tiene siempre carácter voluntario para la sociedad.

De acuerdo a este artículo, el Protocolo familiar se caracteriza por tener naturaleza contractual, por ser concluido entre miembros de una misma familia y que tiene por finalidad asegurar el buen gobierno de la sociedad (no cotizada) previniendo los potenciales conflictos inherentes a la empresa, a la propiedad y a la familia⁶⁶¹.

Este Real Decreto modifica varios artículos del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996 de 19 de Julio, y, en relación con nuestro tema, los artículos 114.2.c) y 175.2.c) RRM en concreto.

⁶⁶¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, ob.cit., págs. 40 y ss.

De acuerdo a su Exposición de Motivos, “una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir, aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí. Esta realidad económica, jurídica y social obliga a tomar en consideración sus peculiaridades y la lícita autorregulación de sus propios intereses”.

Esta misma Exposición de Motivos entiende que el Protocolo familiar se regulará como un pacto parasocial y en él es donde consideran que puede establecerse una cláusula compromisoria⁶⁶².

Por otra parte, otro instrumento societario en el que se puede incluir una cláusula arbitral es el reglamento de la junta general. Los reglamentos internos de la junta de una sociedad de capital tienen como función facilitar la ejecución de las normas estatutarias y el funcionamiento de la sociedad a través de la concreción o complementación de las normas estatutarias⁶⁶³.

Parte de la doctrina defiende que es posible, igualmente, que el convenio arbitral se encuentre en el reglamento interno de la junta general. El reglamento interno de la junta general es una obligación legal para las sociedades cotizadas (artículo 113 Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, en adelante LMV), aunque esto no impide que otro tipo de sociedades adopten esta forma de autorregulación. En dicho reglamento podrán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la junta general (convocatoria, preparación, información, concurrencia, desarrollo y ejercicio de los derechos políticos), con respeto de las materias reguladas en la Ley y en los estatutos. Esto quiere decir que el reglamento se encuentra en una posición de subordinación con

⁶⁶² Ver páginas 237 y siguientes.

⁶⁶³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, ob.cit., pág. 83; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 650. El reglamento de orden interno de la junta general es un instrumento surgido de la práctica, que en realidad no es muy utilizado por las sociedades de capital no cotizadas. Tiene como objeto ser una especie de manual de utilización o explicación de los estatutos sociales, destinado a informar a los socios; aunque también puede contener una serie de reglas de funcionamiento de la sociedad y tener, por tanto, un carácter normativo. CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 384.

respecto de la Ley y de los estatutos, por lo que no puede considerarse como una modificación de los estatutos ni ir más allá de lo previsto en ellos⁶⁶⁴.

En el supuesto que el reglamento interno de una junta general contuviera una cláusula arbitral sería éste un supuesto de una cláusula arbitral por referencia, siempre que se hiciera una reseña expresa de ella en los estatutos (artículo 9.4 LA), vinculando a los socios presentes y futuros, cuando éste también se encuentre inscrito⁶⁶⁵. Este razonamiento se basa en que el funcionamiento de una sociedad no está únicamente en la escritura constitutiva, por lo que no es indispensable que la cláusula compromisoria se encuentre allí. Lo que se exige como presupuesto de validez para una cláusula arbitral por referencia es que ésta tenga incidencia en el documento principal y, si ahí no constara la cláusula, que se haga referencia expresa a ésta⁶⁶⁶.

Por tanto, esta parte de la doctrina considera que si el reglamento de una junta general de una sociedad cotizada contuviera una cláusula arbitral para el sometimiento de los conflictos societarios, y en especial de la impugnación de acuerdos sociales, se podría entender que dicha cláusula sería vinculante para todos los socios (presentes y futuros), ya que ha sido aprobada junto con el reglamento interno por los accionistas, en una junta general con el quórum ordinario previsto en el artículo 102 LSA, siendo además un acuerdo inscribible en el Registro Mercantil y objeto de comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) (artículo 113 LMV)⁶⁶⁷.

Pero en contra de la postura antes enunciada, otra parte de la doctrina defiende que cuando la cláusula arbitral se encuentra en un documento extra societario tiene

⁶⁶⁴ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Reglamento de la Junta”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 977 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los órganos de gobierno. La Junta General. El Reglamento de la Junta General”, en AA.VV., *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 108; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., págs. 650 y ss.

⁶⁶⁵ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 387; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 192 y ss.; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 200; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 139.

⁶⁶⁶ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 68 y 192; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 386 y ss.

⁶⁶⁷ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 200.

como ventaja la flexibilidad, pero está privada de una parte de su eficacia. Las convenciones extra-estatutarias, con una naturaleza puramente contractual, solamente vinculan a quienes han sido parte. No son oponibles ni a la sociedad misma ni a futuros adquirentes de derechos sociales, a menos que expresamente lo acepten. Por lo que si se quiere que la cláusula arbitral tenga la publicidad necesaria y vincule eficazmente a la sociedad y a todos sus socios deberá estar expresamente en los estatutos sociales, ya que, además, si llegase a haber contradicción entre los estatutos y el reglamento interno, debe entenderse que prevalecen los estatutos⁶⁶⁸.

1.3 El marco legal: las normas que facultan expresamente a incluir una cláusula arbitral en los estatutos sociales

Las sociedades de capital generalmente cuando quieren resolver sus conflictos mediante arbitraje, optan por una cláusula compromisoria inserta en sus estatutos en lugar de un compromiso *ad hoc*. La necesidad de que la cláusula se encuentre en los estatutos sociales es un requisito para su eficacia y oponibilidad, ya que además de ser un elemento de prueba de su existencia, cumple la función de información y publicidad, tanto para la sociedad, los socios (presentes y futuros) y todos sus órganos, así como para todos aquellos que quieran contratar o relacionarse con ella⁶⁶⁹.

El ordenamiento positivo español cuenta con normas que facultan expresamente la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos de determinadas sociedades. Tal es el caso de la Ley de Sociedades Cooperativas española y valenciana, los Estatutos Orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa o la Ley de Sociedades Profesionales. En este punto también es importante hacer, aunque sea de una forma

⁶⁶⁸ GUYON, Y., *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 2ª ed., Traité des Contrats, dir. J. Ghestin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, Paris, 1995, pág. 144; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 51; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 200 y 201; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, ob.cit., pág. 85; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los órganos de gobierno. La Junta General. El Reglamento de la Junta General”, ob.cit., pág. 116.

⁶⁶⁹ TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 74; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 212; CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, ob.cit.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, ob.cit., pág. 180; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 246.

breve, referencia al Derecho comparado, ya que éste nos aporta luces y experiencias en cuanto a la regulación de esta materia.

A) La Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas y la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad valenciana

La referencia a la normativa de las Sociedades Cooperativas me parece obligada en este estudio por tratarse de una regulación expresa del arbitraje societario; además por su gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial, sirviendo de modelo para el análisis del arbitraje tanto en la Sociedad de Responsabilidad Limitada como en la Sociedad Anónima.

Las Sociedades Cooperativas en España cuentan con un panorama legislativo caracterizado por ser un mosaico de disposiciones. Además de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, hay que sumar las leyes de cada Comunidad Autónoma, con sus regulaciones propias⁶⁷⁰. En este contexto, analizaremos la normativa estatal y la Ley de Cooperativas de la Comunidad valenciana, por regular expresamente el arbitraje como un mecanismo válido para resolver sus controversias.

Las Sociedades Cooperativas se rigen por unos principios específicos. En el artículo primero de la Ley se definen como aquellas sociedades constituidas “por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y de baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional”.

Estas sociedades tienen como objetivo esencial la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de sus socios, limitan la responsabilidad de sus miembros y son en su vertiente externa sociedades de capital, todo lo cual nos permite analizar la flexibilidad de su régimen jurídico en el que se otorga un considerable margen para la

⁶⁷⁰ VÁZQUEZ CUETO, J., “Las sociedades con base mutualista”, en *Derecho Mercantil*, dir. G. Jiménez Sánchez, Editorial Ariel, 7ª ed., Barcelona, 2002, pág. 429; MARTÍNEZ SEGOVIA, F., “Sociedad Cooperativa”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1103 y ss.

autorregulación, que aunque sea un instrumento de integración laboral y económica de los ciudadanos, establece fórmulas que permiten lograr la rentabilidad y la competitividad de esta figura con el resto de operadores jurídicos, elementos importantes para este análisis⁶⁷¹.

En específico en cuanto al arbitraje como medio para resolver las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las Sociedades Cooperativas, la disposición adicional décima de la Ley de Cooperativas dice así:

1. Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de Derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (RC 1988/2430 y RCL 1989, 1873); no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudir al arbitraje de equidad.

2. Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes.

En cuanto a este artículo, es importante resaltar que aunque mencione a la Ley 36/1988, actualmente se aplica la Ley 60/2003 de Arbitraje; además de la expresa admisión de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos asamblearios, “dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos”. Con esta Ley se reconoce expresamente el arbitraje societario cooperativo, y tiene como fin evitar cualquier incertidumbre que pueda surgir a la hora de interpretar una cláusula de sumisión a arbitraje, las cuales son muy frecuentes en la práctica estatutaria⁶⁷².

⁶⁷¹ VÁZQUEZ CUETO, J., “Las sociedades con base mutualista”, ob.cit., págs. 431 y ss.; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M., BENAVIDES VELASCO, P., “La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico”, en *Revista Derecho de Sociedades*, n° 27, 2006-2, págs. 273 y ss.

⁶⁷² CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 121. En caso de requerir el apoyo judicial o ante una acción de anulación del laudo, serán los Juzgados de lo Mercantil los competentes para ello, de acuerdo al artículo 86 *ter* apartados 2.a y 2.g de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder

También la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 marzo de 2005 (Sala de lo Social), en su fundamento de Derecho segundo, tras un recurso de casación para la unificación de doctrina, afirma que a través del arbitraje también se está tutelando el Derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y específica en cuanto a la materia cooperativa; y que será válido recurrir al arbitraje siempre y cuando las partes se hubiesen comprometido de forma voluntaria y previa a resolver sus conflictos a través de este medio alternativo a la jurisdicción.

Existe en la legislación cooperativa actual otro posible modelo normativo que sigue estos razonamientos. En el artículo 10.2.m de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad valenciana, se establece entre el contenido mínimo de los estatutos la cláusula de sometimiento a arbitraje cooperativo. Este se encuentra regulado en el artículo 123.1.b de la misma Ley, en el cual el convenio arbitral es requisito previo para poder solucionar por esta vía las controversias surgidas entre entidades cooperativas, o entre éstas y sus socios o sus miembros. Podrá efectuarse el arbitraje tanto de Derecho como de equidad y el laudo tendrá los mismos efectos que una sentencia judicial.

El artículo 123 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad valenciana, sobre conciliación y arbitraje cooperativos dice:

1. En la resolución de los conflictos que se planteen entre entidades cooperativas o entre éstas y sus socios o miembros, el Consejo valenciano del Cooperativismo ejercerá una doble competencia:

a) La conciliación previa, de carácter voluntario, al ejercicio de acciones ante los Tribunales. Su regulación, que será la prevista en el reglamento del Consejo, incluirá el reconocimiento de que las certificaciones de avenencia son título suficiente para obtener la ejecución de lo acordado.

Judicial (en adelante LOPJ), en los que se les atribuye la competencia por tratarse de cuestiones cooperativas y por remitir a ellos la Ley de Arbitraje.

b) El arbitraje de Derecho o de equidad. El Consejo valenciano del Cooperativismo, a través de los letrados o expertos que designe, podrá emitir laudos arbitrales, con efectos de sentencia judicial obligatoria para las partes y ejecutoria para los Tribunales. Será preciso que las partes en conflicto se hayan obligado previamente mediante convenio arbitral, en virtud de cláusula inserta en los estatutos sociales de las cooperativas o fuera de éstos.

Si el compromiso es de arbitraje de Derecho, el laudo será emitido y firmado por uno o tres licenciados en Derecho, miembros del Consejo o, de la Corte de Arbitraje Cooperativo nombrados por este Consejo entre licenciados en Derecho expertos en cooperativas.

Si el compromiso es de arbitraje de equidad podrán emitir y firmar el laudo en nombre del Consejo, cualesquiera personas, aunque no sean juristas, bien miembros de éste, bien terceros designados por el Consejo.

El procedimiento y recursos en ambos casos serán los regulados en la legislación estatal sobre arbitraje de Derecho privado.

2. La presentación ante el Consejo valenciano del Cooperativismo de la reclamación previa de conciliación o de la demanda de arbitraje, interrumpirá la prescripción y suspenderá la caducidad de las acciones, de acuerdo con la legislación estatal.

3. Mediante Ley se establecerán las tasas que deberán satisfacer las partes en conciliación o arbitraje. Será sujeto pasivo de las mismas, el reclamante, salvo que en el laudo de conciliación o arbitraje se impongan las tasas resultantes de otro modo.

En resumen, esta normativa propia para las Sociedades Cooperativas valencianas establece un arbitraje institucional. Es posible optar por esta opción de resolución de conflictos a través de una cláusula arbitral estatutaria o a través de un convenio arbitral *ad hoc*, y el laudo tendrá los mismos efectos de oponibilidad y carácter ejecutivo que una sentencia.

Esta Ley es, tal y como decíamos, un modelo de regulación del arbitraje societario, constituyendo un adelanto grandísimo en su desarrollo y especialmente a través de la asignación al Consejo valenciano de Cooperativismo del nombramiento de los árbitros, sin que sean las partes mismas quienes deban hacerlo, evitando todos los problemas, que hemos mencionado anteriormente, en cuanto a su falta de imparcialidad que a través del nombramiento de los árbitros por las mismas partes en determinadas ocasiones se pueden generar. Además, que los árbitros deban ser expertos en la materia es otra de las ventajas que este arbitraje muestra sobre la resolución convencional de este tipo de disputas, dando una respuesta más adecuada y acorde con las necesidades y expectativas de las partes en litigio.

B) Los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa

En segundo lugar, contamos con otra normativa que favorece la inclusión de una cláusula arbitral para resolver los conflictos intrasocietarios en las sociedades de capital. Se trata de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, la cual se regula como especialidad de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (artículo 130 LSRL). Por estas razones se hará una breve reseña de las principales características de una Sociedad de Responsabilidad Limitada en cuanto se refieren a la materia que estamos estudiando.

La Sociedad de Responsabilidad Limitada es una sociedad mercantil cerrada; es decir, no puede acudir al mercado de valores y tiene un carácter más o menos personalista en sus relaciones internas de acuerdo a lo que establezcan sus estatutos⁶⁷³. Por estas razones, en el proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1994 se preveía expresamente la posibilidad de acudir al arbitraje societario, que finalmente no llegó a aprobarse, no por argumentos en contra del arbitraje, sino por considerar que era una previsión superflua, ya que se sostuvo que para eso estaba la Ley de Arbitraje, como norma especial, y por considerar que no era necesario ir incorporando específicamente a cada norma sectorial esta posibilidad, dando por

⁶⁷³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, Capítulo III, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 74.

sentado que si las partes hubiesen acordado resolver sus disputas mediante arbitraje, sería una opción perfectamente válida⁶⁷⁴.

Pero con el transcurso del tiempo, los cambios en la legislación y en la jurisprudencia, y con el fin de evitar la inseguridad que la arbitrabilidad de conflictos intrasocietarios ha provocado por la diversidad de opiniones en cuanto a su aceptación o no, se ha optado por hacer una referencia expresa a esta posibilidad cuando se considere pacífica su aceptación, en aras de la seguridad jurídica. Tal es el caso de los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, ya que se trata de una sociedad que, según la propia Exposición de Motivos de la Ley, cuenta con una mayor flexibilidad en su régimen jurídico, es esencialmente cerrada y en ella conviven en armonía elementos personalistas y capitalistas, haciéndola especialmente recomendable para pequeñas y medianas empresas; creando todos estos elementos el medio ideal para albergar una cláusula arbitral.

En este sentido, existe un beneplácito al arbitraje en los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, aprobados por Orden del Ministerio de Justicia 1445/2003, de 4 de junio, cuando en su artículo 15 establece que toda cuestión que se suscite entre los socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, podrá ser resuelta mediante arbitraje que deberá ser formalizado por las prescripciones legales⁶⁷⁵.

La utilidad de estos Estatutos orientativos radica en que facilitan a los socios fundadores la calificación e inscripción rápida, en un plazo máximo de 24 horas desde la presentación, de la escritura constitutiva (artículo 134.6 LSRL). Constituyen una ayuda o modelo para el empresario, aunque los socios pueden elaborar otro tipo de estatutos sociales, con los límites del Derecho imperativo establecidos en la Ley. Pero es adecuado que a través de este modelo orientativo se les recuerde a los socios que

⁶⁷⁴ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 21.

⁶⁷⁵ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 21.

pueden optar por el arbitraje como instrumento válido y eficaz para resolver sus conflictos⁶⁷⁶.

C) La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales

La reciente Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (en adelante LSP), se aprobó con el fin de regular la gran difusión, escala y complejidad que han adquirido las organizaciones colectivas que operan en el ámbito de los servicios profesionales. Es la regulación más novedosa con la que contamos que disciplina de un modo expícito la opción que tienen los miembros de una Sociedad profesional para resolver sus conflictos por la vía arbitral.

Las Sociedades Profesionales pueden acogerse a cualquiera de las formas sociales existentes, rigiéndose en primer lugar por esta Ley y supletoriamente por las normas correspondientes a la forma social adoptada (artículo 1.2 LSP), creando verdaderos híbridos del Derecho societario en cuanto a su naturaleza y forma⁶⁷⁷.

Tendrán por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional y existirá, además de la responsabilidad societaria, una responsabilidad personal de los profesionales, socios o no, que hayan intervenido en la prestación del servicio (artículo 11 LSP)⁶⁷⁸.

Por sus propias características podemos afirmar que se trata de una sociedad con evidentes rasgos personalistas y de sociedad cerrada, independientemente del tipo social adoptado, ya que como veíamos, prevalece esta Ley sobre las normas reguladoras de la forma social escogida. La condición de socio profesional es intransmisible, salvo que medie el consentimiento de todos los socios profesionales (artículo 12 LSP). De igual modo podrá pactarse que en caso de muerte o transmisión forzosa entre vivos, no se

⁶⁷⁶ VALPUESTA GASTAMIZA, E., *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 111 y ss.; VIERA GONZÁLEZ, J., “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1186 y ss.

⁶⁷⁷ YANES YANES, P., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs. 35 y ss.

⁶⁷⁸ YANES YANES, P., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, ob.cit., págs. 127 y ss.

transmitan las participaciones del socio profesional, sino que se abone la cuota de liquidación que corresponda (artículo 15 LSP).

A pesar de esto, la promulgación de esta Ley pone a disposición de los profesionales las estructuras corporativas de las Sociedades Anónimas, las Sociedades de Responsabilidad Limitada y de las Sociedades Comanditarias por acciones, si bien quedan un “tanto flexibilizados como hibridados por efecto de normas especiales (...). Ciertamente, las normas que regulan con carácter general estos tipos conceden un determinado grado de funcionalidad a la autonomía privada (autonomía estatutaria: artículos 10 LSA y 12.3 LSRL), pero según la valoración del legislador no es suficiente para alcanzar la flexibilidad que demandan las Sociedades Profesionales”⁶⁷⁹.

En este contexto, el artículo 18 de la Ley de Sociedades Profesionales regula expresamente la posibilidad de establecer en el contrato social que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre los socios y los administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a la separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución. Esto hace evidente que el legislador ha aceptado de forma expresa la posibilidad de recurrir a un árbitro para solucionar los conflictos dentro de una sociedad de este tipo, si los socios lo han así decidido mediante la inclusión de una cláusula arbitral en el contrato social o en los estatutos. Es una posibilidad que se les da a los socios, afectando por igual a las sociedades de capital como a las personalistas, por ser ambas opciones válidas para una Sociedad Profesional⁶⁸⁰.

Los comentaristas de esta Ley consideran que este artículo no era necesario, ya que tras la promulgación de la Ley 60/2003 de Arbitraje, los conflictos societarios son arbitrables⁶⁸¹. “Pudo por tanto haberse suprimido del texto articulado sin que la

⁶⁷⁹ YANES YANES, P., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, ob.cit., pág. 39.

⁶⁸⁰ CASTAÑER CODINA, J., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, CISS Grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2007, págs. 269 y 273; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 291.

⁶⁸¹ Ya en su fase de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, FERNÁNDEZ DEL POZO la criticaba, diciendo que estimaba que “la previsión es innecesaria además de equívoca: ¿a qué institución se refiere: a la institución jurídica del arbitraje o a las instituciones que administran el arbitraje? ¿Se quiere prohibir el arbitraje no institucional? En nota al pie nº 48, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La

posibilidad que sugiere no quedara negada, pero se mantuvo prácticamente intocado desde la originaria PropALSP/1998, elaborada con anterioridad a la promulgación de la Ley de Arbitraje”⁶⁸².

Esta postura sigue la línea de quienes afirman, con quienes estoy de acuerdo, de que no es necesario la enumeración taxativa de las materias arbitrables, sino que para eso está la Ley especial dando criterios generales que deberán analizarse para determinar, caso por caso, si nos encontramos frente a asuntos arbitrables⁶⁸³.

Pero lo que sí hay que recalcar de este artículo, que lo hace además con muy buen resultado, es que refleja la preferencia, dentro de una sociedad con estas características, por la “contractualización” de la solución de los conflictos intrasocietarios, en lugar de acudir a la jurisdicción; además de afirmar que, en la actualidad, es pacífico aceptar la sumisión a arbitraje de las controversias societarias⁶⁸⁴.

D) El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos familiares

Esta reforma a los artículos 114.2.c) y 175.2.c) del Reglamento del Registro Mercantil admite expresamente que tanto las Sociedades Anónimas como las Sociedades de Responsabilidad Limitada puedan incluir entre los pactos que son posibles al amparo de la autonomía de la voluntad cláusulas arbitrales para resolver los conflictos societarios (artículos 10 LSA y 12.3 LSRL).

Por las características propias que tiene que tener una sociedad que cuente con un Protocolo familiar es por lo que se ha admitido, sin discusión, la posibilidad de optar por la vía arbitral, ya que las partes que se verán afectadas están plenamente identificadas, además que los efectos que puedan generarse no afectarán a terceros ajenos a dicho convenio.

arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 288.

⁶⁸² YANES YANES, P., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, ob.cit., pág. 227; CASTAÑER CODINA, J., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, ob.cit., pág. 269.

⁶⁸³ CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 60.

⁶⁸⁴ YANES YANES, P., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, ob.cit., pág. 228; CASTAÑER CODINA, J., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, ob.cit., pág. 270. Precisamente cita como este artículo no fue objeto de enmiendas durante el trámite parlamentario.

Este Real Decreto expresamente excluye de su aplicación a las Sociedades cotizadas (artículo 1), las cuales encontrarán su marco normativo en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas. Esta normativa se centra en las sociedades familiares y cerradas, elemento este de gran importancia para nuestro análisis, que si bien este no es el lugar para su tratamiento, se señala su importancia y se remite para su estudio a un capítulo posterior⁶⁸⁵.

Creo que este Real Decreto intenta hacer una regulación especial del arbitraje en materia societaria, tomando tal vez como modelo la regulación italiana, pero en vez de hacer una normativa específica del procedimiento arbitral en el Derecho societario, se ha optado por insertar estas reformas en una normativa especial dirigida a las sociedades cerradas.

Tras esta reforma, el apartado 2 del artículo 114, inciso c) del Reglamento del Registro Mercantil regula la posibilidad de inscripción, en la escritura o en los estatutos de una Sociedad Anónima, de un pacto por el que “los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos”. Y el apartado 2 del artículo 175, inciso c) del Reglamento del Registro Mercantil permite incluir en la escritura o los estatutos de una Sociedad de Responsabilidad Limitada: “el pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos”.

Esta reforma constituye un indicio de una mayor aceptación de las cláusulas arbitrales estatutarias para resolver las impugnaciones de acuerdos sociales por parte del ordenamiento, favoreciendo las relaciones entre socios y procurando, además de la estabilidad y paz dentro de la misma sociedad, una seguridad en el tráfico que evita la disolución o paralización de los órganos de este tipo de sociedades⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Ver páginas 347 y siguientes.

⁶⁸⁶ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Esquema para la redacción de un protocolo familiar”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 19, año 2002-2, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 166.

- E) Breve mención a la regulación en el Derecho comparado y en el Derecho proyectado de la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos de las sociedades de capital y remisión

El Derecho comparado también nos brinda modelos de regulación de la cláusula arbitral en el seno de las sociedades de capital. Tal es el caso de Francia e Italia, pero por su importancia y el aporte doctrinal que suponen, su regulación y análisis se ha hecho ya en un capítulo independiente previo en la primera parte de este trabajo de investigación⁶⁸⁷.

En este apartado únicamente se hará mención de las normas concretas que permiten la regulación del arbitraje como medio válido para resolver los conflictos intrasocietarios.

En Francia, el artículo L721-3 del Código de Comercio permite expresamente a las partes, al momento de contratar, acordar someter a arbitraje las controversias que surjan entre ellas relativas a las sociedades comerciales.

Conforme al artículo L721-3 del Código de Comercio francés los Tribunales de comercio conocen:

- 1. De las disputas relativas a los acuerdos entre comerciantes, entre establecimientos de crédito o entre ellos;*
- 2. De aquellos relativos a las sociedades comerciales;*
- 3. De aquellos relativos a los actos de comercio entre todas las personas.*

Sin embargo, las partes pueden, al momento de contratar, convenir someter a arbitraje las disputas arriba enumeradas.

⁶⁸⁷ Ver páginas 124 y siguientes.

Y el artículo L721-5 *in fine* del mismo Código de Comercio⁶⁸⁸, faculta a los socios a establecer en los estatutos la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que surjan, entre ellos, por razón de la sociedad. Éste último elemento es el que debe tenerse siempre presente para valorar o no su arbitrabilidad: si el conflicto ha surgido o no por razón de la sociedad⁶⁸⁹.

Las diferencias que surjan en el seno de una sociedad podrán, de acuerdo a estas normas, ser sometidas a la vía arbitral⁶⁹⁰. Pero el árbitro, al igual que el juez, no podrá interferir ni en los asuntos de la gestión social ni para solucionar la oposición de dos grupos de socios, que debe ser resuelta entre ellos, a menos que se trate de algún tipo de abuso; ya que este aspecto no entra dentro de su misión jurisdiccional⁶⁹¹.

Por su parte, la legislación italiana también cuenta con una regulación específica para el arbitraje societario. El artículo 34.1 D. Leg. 5/2003 en atención a la *Legge 3 ottobre 2001, n. 366* (en adelante L. 366/2001), regula únicamente el arbitraje societario que tenga su causa en una cláusula arbitral inserta en el acto constitutivo o en los estatutos⁶⁹², quedando excluido de esta normativa el arbitraje que tenga su fundamento

⁶⁸⁸ El artículo L721-5 Código de Comercio francés ordena que: “*En contravención del apartado 2º del artículo L721-3 y con reserva de las competencias de las jurisdicciones disciplinarias y a pesar de toda disposición en contra, los tribunales civiles son los únicos competentes para conocer de las acciones judiciales en las que una de las partes sea una sociedad constituida de acuerdo a la Ley nº 90-1258 de 31 diciembre 1990 relativa al ejercicio bajo la forma de sociedades profesionales liberales sometidas a un estatuto legislativo o reglamentario cuyo título esté protegido, así como las controversias que surgirán entre asociados de una de estas sociedades. Sin embargo, los asociados pueden convenir, en los estatutos, someter a arbitraje las controversias que sobrevendrán entre ellos por razón de su sociedad*”.

⁶⁸⁹ BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., págs., 45 y ss. Un litigio tendrá incidencia en la sociedad cuando genere una consecuencia, produzca un efecto o ejerza algún tipo de influencia en ella. COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 68.

⁶⁹⁰ HUYS, M., KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit Belge et international*, ob.cit., pág. 95.

⁶⁹¹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 174 y ss.; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 134.

⁶⁹² En el texto del artículo 34.1 D. Leg. 5/2003 se habla de la cláusula compromisoria inserta en el acto constitutivo de la sociedad, mientras que en el artículo 2328 *in fine* del D. Leg. 6/2003 se establece que los estatutos constituyen parte integrante de la escritura de constitución, por lo que es indiferente que la cláusula compromisoria se encuentre en uno u otro, ya que el ordenamiento los considera una misma normativa, y en caso de haber alguna contradicción entre la escritura de constitución de la sociedad y los estatutos prevalecerá lo regulado en la primera. SALI, R., “Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale”, en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/348/174387/FILENAME/riforma_societaria.pdf, [fecha de consulta 23 junio 2006], pág. 6; LUISO, F., “Appunti sull'arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2; CARPI, F., “Profili dell'arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 4; COLANGELI, D., “L'arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browse1_it_5611_resource_orig.doc, [fecha de consult 28 febrero 2007], pág. 2; AA.VV., “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, ob.cit., pág. 3; MIRABELLI, G.; GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge*

en un compromiso arbitral *ad hoc*⁶⁹³. Para el resto de situaciones que no tengan su causa en una cláusula estatutaria, como podrían ser las que se encuentren en pactos parasociales o en un compromiso arbitral *ad hoc*, se deberá hacer uso del Derecho arbitral general regulado en los artículos 806 y siguientes del Código Procesal Civil italiano⁶⁹⁴.

Por otra parte, en el Derecho proyectado europeo se opta también por el arbitraje societario como mecanismo útil y eficaz para resolver los conflictos que surjan entre la sociedad y sus socios, e incluso, si así lo prevén, en sus relaciones con los administradores. Tal es el caso de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea⁶⁹⁵.

La Sociedad Privada Europea se piensa como un instrumento societario con vistas a facilitar el establecimiento y la actividad de las pequeñas y medianas empresas en el mercado único, y promover así su competitividad. Está dirigido a las Sociedades

24/1994 (*Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*), ob.cit., pág. 147; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 82.

⁶⁹³ ALLOTTI, V., "Clausola arbitrale statutaria", ob.cit., pág. 380; BIANCHINI, M., "Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell'arbitrato c.d. "endo-societario", en http://judicium.it/news/ins_27_12_2005/jud/bianchini.pdf, 22 diciembre 2005, [fecha de consulta 1 febrero 2007], pág. 13; MERONE, A., "Le due forme d'arbitrato e la materia societaria: un rapporto da ricostruire in termini di alternatività", en http://www.judicium.it/news/ins_23_05_05/merone%20proc.%20soc.html, 23 mayo 2005, [fecha de consulta 2 febrero 2007], págs. 1 y ss.; SALI, R., "L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta", ob.cit., pág. 1; ZOPPINI, A., "I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario", ob.cit., pág. 11; COLANGELI, D., "L'arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali", ob.cit., pág. 2; AA.VV., "Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004", pág. 3; MARZOLINI, P., RONCAROLO, CH., "La convenzione arbitrale dopo la riforma del diritto societario. Alcuni spunti pratici", en <http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/433/216929/FILENAME/La%20convenzione%20arbitrale%20post%20riforma%20dir%20societario-spunti%20pratici.pdf>, [fecha de consulta 29 marzo 2007], pág. 1.

⁶⁹⁴ La sociedad por su propia naturaleza nunca puede ser parte de un pacto parasocial, por lo que el arbitraje intrasocietario no puede tener su causa en una cláusula inserta en un pacto parasocial, ya que en tal caso no vincula a la sociedad y a todos sus socios presentes y futuros, sino que únicamente a los firmantes de aquél. Sali, R., "L'arbitrato per le nuove società", ob.cit., págs. 6 y ss. En este caso se aplicaría el arbitraje común del Código Procesal Civil italiano. CARPI, F., "Profili dell'arbitrato in materia di società", ob.cit., pág. 4. LUISO, F., "Appunti sull'arbitrato societario", ob.cit., pág. 2; MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, en http://www.judicium.it/news/ins_28_03_03/miccolis%20proc.%20soc.HTM#_ftn1 [fecha de consulta 2 marzo 2005], pág. 6; MORELLINI, L., "Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario: spunti di riflessione", en *Le Società*, 1/2005, pág. 79; AA.VV., "Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004", ob.cit., pág. 3.

⁶⁹⁵ El Proyecto de Estatuto de la Sociedad Privada Europea y su tramitación puede consultarse en http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=197172

de Responsabilidad Limitada y, por tanto, se trata de sociedades cerradas, en las que su capital social no puede ser objeto de negociación u oferta pública.

Mediante enmienda se solicitó a la Comisión agregar al texto del Proyecto de Estatuto un nuevo artículo 42 (*bis*) en el que se regule la cláusula compromisoria (tal y como dice el texto), que sería la cláusula arbitral estatutaria, con el fin de permitir que los conflictos intrasocietarios sean resueltos por este medio alternativo a la jurisdicción, dando así su confianza al arbitraje como un medio válido y solvente, que brinda la garantías suficientes para el tráfico jurídico.

La enmienda número 62 dice así:

Artículo 42 bis. Cláusula compromisoria

1. El Estatuto podrá prever, mediante cláusula compromisoria, que se sometan a arbitraje todas las controversias surgidas entre los socios o entre éstos y la SPE, sobre la relación social. El Estatuto podrá prever también que la cláusula compromisoria cubra las controversias con los administradores. En ese caso, la cláusula compromisoria será vinculante para los administradores después de aceptar su cargo.

2. Las modificaciones de la escritura de constitución que introduzcan o supriman cláusulas compromisorias por resolución de los socios de conformidad con el artículo 27 deberán ser aprobadas por los socios que representen como mínimo dos tercios del capital social.

Esta enmienda tiene una clara influencia del Derecho italiano, que puede observarse tanto en la redacción de la misma, como en cuanto a los efectos del convenio arbitral, los requisitos de vinculación de los administradores, así como por la mayoría exigida para la adopción posterior de la cláusula compromisoria (tal y como la llaman también los italianos) en un momento posterior a la constitución de la sociedad. La justificación de esta enmienda también se encuentra en italiano, siendo esto otro indicio más de su aportación.

La enmienda que pretende introducir la posibilidad de optar por el arbitraje societario se justifica en el mismo texto como que la previsión del arbitraje, como medio alternativo a la jurisdicción para la resolución de conflictos, es particularmente oportuna para este tipo de Sociedades Privadas Europeas por su naturaleza de sociedad cerrada y por la dimensión de transnacional que obtendrá. Por un lado, esta sociedad cuenta con un grado de autonomía muy amplio para determinar sus aspectos patrimoniales y organizativos, lo que le permite introducir, sin ningún tipo de problema, una cláusula de este tipo; y, por otro lado, el arbitraje se plantea como un medio eficaz para evitar los conflictos internos y los estados de bloqueo en el funcionamiento interno de la sociedad, lo cual puede tener consecuencias muy importantes para una sociedad de este tipo. También al ser esta una sociedad pensada para las sociedades cerradas, en las que la liquidación de sus participaciones sociales puede ser muy difícil, el recurso al arbitraje aparece como un medio realmente idóneo para ella.

Esta propuesta hace a su vez que se reflexione sobre una evidente tendencia general en el mundo jurídico a la desregularización del Derecho de sociedades, en donde se opta por brindar a las partes una mayor autonomía de la voluntad y se deja en sus manos, también, la resolución de sus conflictos; todo esto con el límite inherente a los principios generales del Derecho, dentro de los cuales está la obligación de respetar las normas de orden público que no pueden contrariarse nunca.

En este sentido también se encuentra el Derecho proyectado español. La Comisión General de Codificación hizo, ya en el año 2002, una Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, en la que se incluye la cláusula arbitral estatutaria, la cual se encuentra dentro del título que regula los acuerdos sociales dentro de las disposiciones generales para todas las sociedades mercantiles⁶⁹⁶.

El artículo 109 regula en específico la cláusula estatutaria de arbitraje y dice:

1. *Los estatutos sociales originarios podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de Derecho, encomendándose la*

⁶⁹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-C., A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, ob.cit., pág. 58.

administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una corporación o asociación.

2. *La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a Arbitraje, de la impugnación de los acuerdos sociales, requerirá el acuerdo de todos los socios.*

De esta norma podemos extraer varias preferencias de la doctrina española para aceptación del arbitraje societario. En primer lugar se habla de la legitimación para incoar un procedimiento arbitral de impugnación de acuerdos sociales. Esta legitimación se da a los socios y a los administradores. En segundo lugar, se opta por un arbitraje de Derecho e institucional, ya que de acuerdo a las tendencias seguidas en esta materia, el arbitraje de Derecho e institucional es el que mejor asegura un resultado válido y eficaz de este tipo de conflictos.

Hay que recalcar que en este cuerpo normativo se permitiría la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos originarios de una sociedad de capital; pero para el caso de querer introducirla posteriormente en los estatutos sociales con el fin de resolver las impugnaciones de los acuerdos sociales planteadas por los socios o los administradores, será necesario que sea a través de un acuerdo aprobado por todos los socios. Esta medida opta por las posturas doctrinales, que como se verá más adelante⁶⁹⁷, exigen la unanimidad como medida de tutela hacia los demás socios y hacia los terceros en caso de querer optar por el arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción.

En esta normativa proyectada también se prevé la legitimación del árbitro para acordar medidas cautelares, así como que la Ley Arbitral será supletoria para todo lo que no esté previsto en este Código (artículos 110 y 111 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles).

⁶⁹⁷ Ver páginas 257 y siguientes.

2. Requisitos de la cláusula arbitral: la voluntad de someterse a arbitraje, la controversia y su disponibilidad

Tal y como veíamos en la primera parte de esta Tesis⁶⁹⁸, el convenio arbitral puede, además del compromiso arbitral *ad hoc*, adoptar la forma de una cláusula incorporada a un contrato, expresando la voluntad de las partes de someter a un árbitro todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de esa determinada relación jurídica contractual (artículo 9.1 LA).

La voluntad de las partes, y por tanto la libertad contractual con la que cuentan para someter sus disputas a arbitraje, es el fundamento de esta institución jurídica⁶⁹⁹; sin dar pie a ningún tipo de arbitraje forzoso, que existió en tiempos pasados pero que ya no es posible⁷⁰⁰.

Este requisito indispensable para la validez del convenio arbitral, como es la voluntad de las partes de optar por este medio alternativo a la jurisdicción estatal, se encuentra tutelado en el artículo 9.1 LA, que regula la forma y el contenido del convenio arbitral.

El artículo 9, párrafo primero de la Ley de Arbitraje dice expresamente:

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

⁶⁹⁸ Ver páginas 68 y siguientes.

⁶⁹⁹ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 204; CAVALLINI, C., “La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: “prima lettura” del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179”, en *Rivista delle Società*, n° 52/2007, Fascicolo 6, Milano, pág. 145.

⁷⁰⁰ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 385 y ss.; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 1979; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 204; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 211; MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, ob.cit., pág. 47; STESURI, A., *Gli arbitrati societari*, ob.cit., pág. 3; Ver página 51, nota al pie n° 124.

Este artículo suprime lo que la anterior Ley de arbitraje de 1988, en su artículo 5.1, exigía como voluntad “inequívoca”, reafirmando la identificación del convenio arbitral con respecto al resto de los contratos, sin exigir mayores requisitos que los necesarios para cualquier contrato: consentimiento de los contratantes, objeto cierto y determinado o determinable y causa lícita (artículo 1261 CC). Será necesario únicamente, con la nueva normativa (artículo 9.1 LA), que del convenio arbitral se deduzca o se aprecie la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje⁷⁰¹.

El artículo 9.1 LA establece que la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje deberá recaer sobre todas o algunas de las controversias que hayan surgido o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Aquí es importante resaltar este elemento de controversia, además de la capacidad para celebrar el convenio arbitral, que dependerá de la capacidad para celebrar el llamado contrato principal, porque el convenio arbitral no existe por sí mismo, sino que tiene su causa en una determinada relación jurídica o en la controversia que surja de su ejecución o interpretación. Esto lo que quiere decir es que el convenio arbitral no opera en el vacío y no que no tenga una validez y eficacia propias e independientes del contrato que la pueda contener, en caso de ser una cláusula arbitral, sino que tiene su razón de ser en la existencia de una controversia, ya sea presente o futura, que no puede tampoco asimilarse a la causa del contrato o de los estatutos sociales de los que es parte⁷⁰².

La controversia como causa del arbitraje es requerida como elemento esencial, ya que anteriormente se consideraba que también era posible someter a arbitraje asuntos como la valoración de aportaciones *in natura* o la resolución de empates; cuestiones que pueden ser solucionadas con la ayuda de peritos o arbitradores, con una función diferente a la de los árbitros, a quienes les concernirá únicamente dirimir conflictos⁷⁰³.

⁷⁰¹ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 204; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 436.

⁷⁰² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral”, ob.cit., pág. 103; VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., págs. 327 y 357.

⁷⁰³ Ver páginas 92 y siguientes; GIMÉNEZ DUART, T., “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”, en *Butlletí*, nº 4, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1992, pág. 22; POLO, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la Cláusula Compromisoria en las Sociedades Mercantiles”, en *Butlletí*, nº 4, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona,

Por tanto, podemos afirmar que para que exista un arbitraje serán necesarios dos requisitos. En primer lugar, el presupuesto material de validez del arbitraje es que exista un conflicto intersubjetivo y que éste sea disponible por las partes⁷⁰⁴. Si no existe este requisito indispensable (artículos 1261.3 y 1274 CC), el convenio arbitral será nulo⁷⁰⁵.

En segundo lugar, por las características propias del arbitraje, solamente estará justificado acudir a esta vía alternativa a la jurisdicción con el fin de solucionar sus conflictos, en cuanto el convenio arbitral se base en la voluntad de las partes, que será a su vez su fundamento y su límite⁷⁰⁶.

En el ámbito del Derecho societario en específico, los artículos 10 LSA, 12.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL) y 114.2 RRM, establecen el principio de autonomía de la voluntad⁷⁰⁷, permitiendo la inclusión en la escritura constitutiva de una sociedad de todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la Sociedad Anónima (o de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en su caso).

Así de acuerdo con la jurisprudencia, especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 355/1998, de 18 de abril, y tal y como consideran hoy en día la mayoría de los intérpretes, las controversias societarias son materia disponible y, por tanto, la cláusula arbitral estatutaria es un pacto lícito que expresa la voluntad efectiva o

Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1992, pág. 87; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 165; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos", ob.cit., pág. 250.

⁷⁰⁴ GIMENO SENDRA, V., "Parte Sexta", ob.cit., pág. 454; CALAZA LÓPEZ, S., "El arbitraje societario", ob.cit., pág. 193.

⁷⁰⁵ CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 165.

⁷⁰⁶ CORDÓN MORENO, F., "Del convenio arbitral y sus efectos", ob.cit., pág. 46; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 196; VERDERA SERVER, R., "Del convenio arbitral y sus efectos", ob.cit., pág. 317; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 113.

⁷⁰⁷ El concepto amplio de la autonomía privada puede ser definido como el poder reconocido a una persona para ejercitar sus facultades, ya sea dentro del ámbito de libertad como sujeto de derechos, ya sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la correlativa responsabilidad por ser actuaciones en la vida social. En sentido estricto se puede hablar de autonomía privada como el poder atribuido a la voluntad para la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas Ediciones, S.A., Madrid, 2002, págs. 12 y ss.

suficiente de los socios de someter sus controversias a un árbitro en lugar de a un juez, siempre y cuando tengan su causa en el contrato de sociedad⁷⁰⁸.

Los principios configuradores del tipo social tienen como función informar sobre las características propias del tipo social al que se refieren y también actúan como límites a la autonomía de la voluntad en la configuración de ese determinado tipo social. Es importante recordar que estos principios configuradores no son inmutables, sino que son cambiantes y dependen de las circunstancias, de los criterios legales y económicos y de la jurisprudencia y la doctrina⁷⁰⁹.

Existen principios comunes a toda sociedad mercantil, tales como son la libertad de asociación, el principio de libertad de empresa, o el fin de lucro.

En concreto, configura la Sociedad de Responsabilidad Limitada su carácter híbrido en el que conviven elementos personalistas y capitalistas, además de su carácter de sociedad cerrada, con las consiguientes limitaciones a la libre transmisibilidad de las participaciones o la prohibición de recurrir al ahorro colectivo como medio directo de financiación; así como la flexibilidad y la sencillez de su régimen jurídico⁷¹⁰.

Por su parte, dentro de los principios configuradores de la Sociedad Anónima pueden citarse el principio de capitalización adecuada, el capital social como cifra de retención y sistema de tutela, la determinación del contenido estatutario mínimo, la

⁷⁰⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 289; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 246. En este sentido también el artículo 109 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, que regula la Cláusula estatutaria de arbitraje, dentro del Libro I de las disposiciones generales para todas las sociedades mercantiles, optando por un arbitraje de Derecho e institucional, que tenga su causa en una cláusula arbitral estatutaria. El artículo 109.1 dice así: *1. Los estatutos sociales originarios podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de Derecho, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una corporación o asociación.*

⁷⁰⁹ BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Febrero 2006, pág. 120.

⁷¹⁰ BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., págs. 121 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 433; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima – Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, dir. F. Rodríguez Artigas, R. García Villaverde, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, Pamplona, págs. 38 y ss.

organización corporativa, la separación de competencias entre los órganos sociales, el principio democrático o de mayorías, el deber de fidelidad entre socios, la igualdad de trato (artículo 50 *bis* LSA), la conservación de la empresa, la responsabilidad limitada a la aportación, y la libre transmisibilidad de las acciones al portador⁷¹¹.

Todos estos principios configuradores deben concebirse como una interpretación y racionalización sistemática de los preceptos legales, ordenadores de la regulación positiva, y no como reglas o valores superiores que limiten la autonomía privada, aunque sí constituyan de hecho un límite a la configuración particular de cada tipo social. Además, dentro de estos principios configuradores del tipo social, también se deberán considerar incluidas las disposiciones generales, tanto del Derecho contractual como arbitral (artículo 1261 CC y la Ley de Arbitraje), así como los requisitos de constitución propios de ambos tipos societarios (Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada)⁷¹².

3. El principio de independencia o separabilidad que rige a las cláusulas arbitrales (*Kompetenz-Kompetenz*)

La cláusula arbitral es el principal, aunque no único, instrumento para someter una determinada controversia intrasocietaria a arbitraje⁷¹³. Esta tiene características especiales que la hacen ser un elemento esencial en esta materia.

En términos generales, la validez de la cláusula compromisoria debe valorarse de forma autónoma respecto al contrato en el que se encuentra⁷¹⁴. Este principio de

⁷¹¹ BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 121; VELASCO SAN PEDRO, L., “Artículo 10: Autonomía de la Voluntad”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. F. Sánchez Calero, Tomo I: Disposiciones Generales, Fundación de la sociedad y aportaciones artículos 1 a 46, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997, pág. 321; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima – Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., págs. 38 y ss.

⁷¹² ESPINA, D., *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2003, págs. 511 y ss.

⁷¹³ LUISO, F., “Pluralità di clausole compromissorie e unicità del processo arbitrale”, ob.cit., pág. 1.

⁷¹⁴ TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., págs. 582 y ss., 683; CARBONNEAU, T., « L’arbitrage en droit américain », ob.cit., págs. 11 y ss.; CATO, M., *Arbitration. Practice and Procedure. Interlocutory and Hearing Problems*, 2ª ed., LLP, London, 1997, págs. 106 y ss.; *Heyman and Ors v. Darwins Ltd. [1942]-UK*; *Prima Saint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 US.395 (1967)-USA; *Old Republic Ins. Co. v. Lanier*, 644 So. 2d 1258 (Ala. 1994)-USA.

autonomía puede definirse como independencia o separabilidad respecto del negocio que la contiene y de sus efectos relevantes, aunque sea materialmente parte de él⁷¹⁵. Es en cierta forma un contrato dentro de otro contrato⁷¹⁶.

En definitiva, este principio de autonomía de la cláusula arbitral será aquél que permite analizar su validez y eficacia con independencia de la correspondiente validez y eficacia del contrato o de la sociedad en cuyos estatutos se encuentra inserta.

Este principio constituye lo que la doctrina alemana ha bautizado como la *Kompetenz-Kompetenz-Klausel*, que actualmente forma parte de la mayoría de los ordenamientos jurídicos que regulan el arbitraje como instituto de Derecho procesal⁷¹⁷.

La cláusula compromisoria se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, con una individualidad contractual y jurídica propia y, por tanto, aunque el contrato en el cual se encuentre la cláusula sea nulo, no por ello lo será también la cláusula o viceversa⁷¹⁸.

⁷¹⁵ ALPA, G., “Compromesso è clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 102; CARLEO, R. *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, dir. F.D. Busnelli-Spatti, V. Scalisi, P. Zatti, Studi di Diritto Privato, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, pág. 16; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., pág. 134.

⁷¹⁶ BOISSESON, M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 15; Cour d'appel de Paris (1^{er} Ch. civ.) 8/10/1998, en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, Paris, 1999, págs. 350 y ss.; CALVO CARAVACA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El arbitraje comercial internacional*, ob.cit., págs. 92 y ss.; ROBINSON, M., “Arbitration and Alternative Dispute Resolution”, ob.cit., pág. 21; HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, ob.cit., págs. 561 y ss.; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., págs. 73 y ss.

⁷¹⁷ A pesar de haberse convertido esta expresión en una característica intrínseca del arbitraje a nivel mundial, parte de la doctrina que analiza la normativa alemana sostiene que “una decisión del *Bundesgerichtshof* que fue interpretada en este sentido hizo esta expresión famosa en el mundo entero. (...) No importa si esta interpretación fue acertada o no, el caso es que los autores están generalmente de acuerdo en que la “*Kompetenz-Kompetenz*” no existe según la nueva Ley. (...) Los árbitros solamente tienen el Derecho a decidir sobre una excepción a su competencia como cuestión previa y proseguir luego sus actuaciones. La última decisión sobre la existencia y la validez del convenio arbitral será tomada por el juez estatal”. LEIBLE, S., LEHMANN, M., “El arbitraje en Alemania”, ob.cit., págs. 162 y ss.; MUSIELAK, H., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Verlag Franz Vahlen, München, 2005, págs. 2526 y ss.; VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., págs. 127 y ss. También se ha dicho que « La Ley alemana, superando incluso el carácter restrictivo previsto en la Ley modelo, no admite una formulación amplia del concepto de *Kompetenz-Kompetenz*, que venía a admitir la competencia preliminar y definitiva del tribunal arbitral para establecer su competencia y, por el contrario, permite muy diversos medios de intervención judicial al respecto”. CHECA MARTÍNEZ, M., “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, ob.cit., pág. 356.

⁷¹⁸ NIGGEMANN, F., “Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne”, en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, n°1/2006, pág. 234; BORIO, G., *L'arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 27; REIFEGGERSTE, S., « Arbitrage. Application au président du conseil

Esta autonomía faculta al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia (artículo 22 LA)⁷¹⁹, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral⁷²⁰. Como consecuencia directa de lo anterior, un juez deberá declararse incompetente cuando una de las partes alegue la existencia de un convenio arbitral, a menos que considere que el convenio arbitral es nulo, inoperante o ineficaz (artículo 11 LA)⁷²¹.

d'administration d'une société membre d'un groupement coopératif de la clause compromissoire stipulée dans le règlement intérieur du groupement », ob.cit., pág. 18; LOQUIN, E., "Tribunal de commerce et arbitrage: Cass. 1er civ., 22 nov. 2005, SCP Ménard-Quimbert c/ Beauchard, pourvoi n° 04-12.655, D. 2006, Jur.p. 277, note T. Le Bars et P. Callé ; Rev.arb. 2005, p. 1012, note D. Bureau", ob.cit., pág. 304; DUBARRY, J., LOQUIN, E., "Tribunaux de commerce et arbitrage : Com. 9 avr. 2002, Toulousy c/SNC Philam, inédit", en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, n° 1/2003, pág. 62.; BOISSESON, M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 77; Cour de Cassation (1^{er} Ch.civ.) 6/12/1988, en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, Paris, 1989, pág. 641; DEGOS, L., "La Cour de cassation consacre l'autonomie de la clause compromissoire en droit français de l'arbitrage interne", en *Recueil Le Dalloz*, n° 17/7114, Paris, 24 avril 2003, págs. 1118 y ss.; AA.VV., "Jurisprudence. Sommaires commentés", ob.cit., pág. 2470; Cass. 2^e civ., 4 avr. 2002 ; SA Barbot CM c/ Sté Bouygues Bâtiment et a.; Cass. Com., 9 avr. 2002; Toulousy c/ SNC Philam, en *La Semaine Juridique. Édition générale*, n°41/2002, págs. 1804 y ss.; MUÑOZ PLANAS, J., "Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles", ob.cit., pág. 438; CREMADES, B., "El convenio arbitral", ob.cit., pág. 62.

⁷¹⁹ BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 1; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., págs. 133 y ss.; COLANGELI, D., "Clausola compromissoria: natura e questioni problematiche", ob.cit., pág. 2; NOBILL, R., *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, ob.cit., pág. 141; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 17; CARLEO, R., *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 16; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., págs. 135 y 161; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, ob.cit., pág. 444; BOISSÉSON, M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 73 y ss.; NOBLOT, C., « Un clause d'arbitrage en contradiction avec une clause attributive de juridiction ne prive pas l'arbitre de sa compétence », en *La Semaine Juridique. Édition générale*, n°20/2004, págs. 902 y ss.; CADARSO PALAU, J., "Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia", en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Cámara de Madrid, Corte de Arbitraje de Madrid, Thomson Aranzadi S.A., Navarra, 2004, págs. 258 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 86 y ss.; United States Supreme Court, 21/02/2006, *Buckeye Check Cashing Inc. v. Jhon Cardegna & Donna Reuter*; GONZALO QUIROGA, M., "Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos", ob.cit., pág. 223; SAP de Alicante (Sección 4^a), de 22 de septiembre de 1999, fundamento de Derecho segundo.

⁷²⁰ SOMMA, A., "Alemania", ob.cit., pág. 537; TRITTMANN, R., "Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens- Neuregelungs- gesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten", en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, n° 3/1999, pág. 342; CREMADES, B., "Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)", ob.cit., pág. 298.

⁷²¹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)", ob.cit., pág. 388; NIGGEMANN, F., "Le nouveau droit allemand de l'arbitrage", ob.cit., págs. 643 y ss.; LÜKE, W., BLENKE, H., „Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten –Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung-“, en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, n° 2/1998, pág. 267 y ss.; VAN HOUTTE, V., "What's New in European Arbitration?" en http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923is_200805/ai_n27899424/print?tag=artBody:col1, Mayo-Julio 2008, [fecha de consulta 23 septiembre 2008], pág. 1. En este sentido también se encuentra la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, en el asunto C-185/07, cuando aclara que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no puede prohibir a una persona entablar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, por considerar que tal procedimiento es contrario a un convenio arbitral, ya que quién sería en todo caso competente para determinar dicha incompetencia sería el Tribunal del otro Estado miembro ante la oportuna excepción de

El artículo 22 de la Ley de Arbitraje regula la potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia. Dice así:

1. *Los árbitros están facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.*
2. *Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que excede de dicho ámbito. Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.*
3. *Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.*

Pero esta regla debe ser matizada precisamente en los casos en que se incorpora el convenio arbitral como una cláusula más al contrato principal. Se puede afirmar que ambos contratos son diferentes y que pueden verse afectados por causas de nulidad o

la parte interesada en hacer cumplir el convenio arbitral, o el árbitro en caso de haberse iniciado el procedimiento arbitral. En <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-185/07>, [fecha de consulta 12 febrero 2009].

anulabilidad diferentes y no comunicables entre sí, y otra cosa es generalizar la norma de que la nulidad que afecte al contrato principal no puede afectar al convenio arbitral, porque es evidente que pueden haber causas que afecten al contrato en su conjunto, como podrían ser los vicios en el consentimiento y las causas de nulidad de pleno Derecho. Por tanto, aunque se acepte que la nulidad del contrato principal no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral, esto no excluye que un mismo vicio pueda determinar la invalidez del contrato principal y de la cláusula arbitral, aunque será necesario analizar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, ya que es muy probable, por ejemplo que cuando el contrato principal esté afectado en su validez por un vicio del consentimiento, que ese mismo vicio contagie normalmente también al convenio arbitral⁷²².

Para el caso concreto del Derecho societario, hay que tener en cuenta las causas que pueden acarrear la nulidad de una sociedad ya inscrita y su relación con la cláusula arbitral inserta en la escritura constitutiva o en los estatutos.

Los artículos 34 LSA y 16 LSRL establecen las causas de nulidad de una sociedad ya inscrita de forma taxativa, por lo que deberá interpretarse de forma restrictiva y de acuerdo con el principio de conservación de la empresa y la protección de terceros⁷²³.

Una Sociedad Anónima será nula cuando su objeto social sea ilícito o contrario al orden público; cuando no se exprese en la escritura de constitución o en los estatutos la denominación social, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o no se respete por lo menos el desembolso de ¼ del capital (artículo 12 LSA). También será nula la sociedad cuando todos los socios fundadores sean incapaces (artículos 1263 y 1264 CC), por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de al menos dos socios fundadores, en caso de pluralidad de éstos, o del socio fundador en caso de ser una sociedad unipersonal.

⁷²² CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 58; ATTERITANO, A., “La tutela della volontà compromissoria delle parti e il rispetto dell’ordine pubblico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale”, ob.cit., págs. 1 y ss.; CADARSO PALAU, J., “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, ob.cit., pág. 263; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 438.

⁷²³ MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., “Nulidad de sociedades de capital”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 804.

Para las Sociedades de Responsabilidad Limitada opera el mismo sistema de nulidad que para las Sociedades Anónimas, con la única diferencia de que será nula si no se ha desembolsado íntegramente el capital social, en lugar del requerimiento de desembolsar por lo menos $\frac{1}{4}$ del capital social de las Sociedades Anónimas.

De las causales de nulidad de estas sociedades, podrían afectar simultáneamente a la cláusula arbitral únicamente, aunque habrá que determinarlo de forma independiente, las causales de incapacidad de todos los socios fundadores o por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva del o los socios fundadores; es decir cuando ha habido violencia, intimidación, error o dolo en el consentimiento de los socios fundadores (artículo 1265 CC).

Aunque el árbitro se podrá pronunciar sobre la validez de la cláusula arbitral por el principio de *Kompetenz-Kompetenz* (artículo 22 LA), existen también criterios doctrinales encontrados en cuanto a la posibilidad de que sea un árbitro o un juez quien deba determinar la nulidad de la sociedad, con base a una cláusula arbitral inserta en sus propios estatutos sociales. Este es un tema de arbitraje societario general y no de arbitraje intrasocietario, pero nos referiremos a él de una forma tangencial por la relación que tiene con nuestro tema en estudio.

La doctrina tradicional sostiene que un árbitro no podrá pronunciarse sobre la nulidad de la sociedad, ya que consideran que los árbitros no están facultados para decidir sobre la validez de la cláusula que es fuente de su competencia⁷²⁴; además de por tratarse de materia indisponible y por requerir la Ley que esta nulidad sea declarada judicialmente (artículos 35 LSA y 17 LSRL). En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, en un caso en el que se resolvía sobre la nulidad de una Sociedad Anónima por la falta de la aportación del desembolso mínimo de cada una de las acciones que componían el capital social.

La Audiencia Provincial de Madrid, en Auto número 58/2004, de 9 de febrero, sostuvo en su fundamento de Derecho segundo que: “ha de estimarse que las garantías impuestas para la válida constitución de la sociedad no son materia de libre disposición

⁷²⁴ MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 436 y ss.

de las partes y, por ende, deben quedar excluidas del arbitraje. En consecuencia, y dado que se trata en el presente caso de una acción de nulidad radical de la sociedad, no se estima aplicable aquí el criterio que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 355/1998, de 18 de abril (RJ 1998, 2984), ya que en la misma tal pronunciamiento se hizo respecto a la acción de nulidad de la Junta de accionistas y de impugnación de acuerdos sociales, mientras que la que aquí se ejercita, por afectar al capital social, tiene trascendencia frente a terceros, y es absolutamente indisponible”.

Pero a favor de que un árbitro se pueda pronunciar sobre la nulidad de una sociedad está también una parte representativa de la doctrina, argumentando que, en primer lugar, aunque la cláusula arbitral esté en los estatutos de la sociedad cuya nulidad se pretende, se deberá aplicar necesariamente el principio de separabilidad o independencia de la cláusula arbitral con relación al contrato (estatutos) que la contienen. En segundo lugar, sostienen que un laudo, al igual que una sentencia, deberá respetar el orden público y no podrá afectar a terceros, como tampoco puede hacerlo una sentencia, porque de lo contrario podría ser anulado. Además defienden que la nulidad de la sociedad lo que conlleva es la liquidación de la sociedad, y la mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina no se oponen a que la disolución o la liquidación de la sociedad se realicen a través de la vía arbitral⁷²⁵.

De acuerdo con este último razonamiento está la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), número 1139/2001, de 30 de noviembre, en sus fundamentos de Derecho segundo y tercero, en los que se afirma que la disolución y la liquidación de una sociedad son materia disponible por las partes, y si existe una cláusula arbitral en los estatutos sociales que prevea la resolución de sus cuestiones litigiosas mediante arbitraje, no existe razón alguna por la que se deba impedir que estos procedimientos se lleven a cabo por la vía arbitral en lugar de por la jurisdiccional.

En este sentido también se encuentra la legislación francesa, ya que considera que las sociedades comerciales pueden incluir en sus estatutos una cláusula compromisoria para resolver los conflictos que surjan entre los socios o entre éstos y la

⁷²⁵ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 51 y ss.; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 184 y ss.

sociedad, sin ningún tipo de limitación para el arbitraje intrasocietario (artículo L721-3 C.com.), e incluso se acepta expresamente que, de forma general, puedan someterse a arbitraje las acciones encaminadas a la disolución de la sociedad y a su liquidación (artículo L721-5 C.com.)⁷²⁶.

A pesar estos razonamientos, considero que la declaración de la nulidad de una sociedad, en el estado actual de nuestra legislación, deberá ser hecha por el juez competente y no por un árbitro, principalmente porque esta afecta a los principios configuradores del tipo social, a su válida constitución y afecta a los intereses públicos, de forma que no puede ser considerada, tal y como establece la sentencia antes citada (AP Madrid nº 58/2004), como materia de libre disposición por las partes en conflicto. Otra cosa diferente es que una vez declarada la nulidad de la sociedad por un juez, los conflictos que puedan surgir durante la disolución y/o la liquidación de la sociedad sean encomendados a un árbitro, ya que como se ha expuesto, el árbitro, al igual que el juez, deberá respetar las normas de orden público y aplicar el Derecho correspondiente. En este caso se trataría de materia que es además patrimonial y por tanto no existirían dudas sobre su disponibilidad.

Por tanto, para concluir este apartado podemos afirmar que la Ley de Arbitraje 60/2003, como todas las legislaciones arbitrales en el Derecho comparado, reconoce el principio de autonomía de la cláusula arbitral con respecto al contrato del que materialmente forma parte, otorgándole a los árbitros la facultad de declarar a nulidad del contrato del que forma parte la cláusula arbitral (artículo 22.1 LA). Pero hay que tener en cuenta, por las precisiones anteriores, que no se podrá realizar una generalización absoluta de su total independencia, por lo que será necesario hacer un análisis de cada caso en específico para saber si en ese caso concreto la cláusula no fue afectada por los mismos vicios que afectan al contrato del que forma parte, porque si fuera así, no habría nada que arbitrar porque carecería de causa (artículo 1261.3 CC) y, por tanto, no habría tampoco contrato⁷²⁷.

⁷²⁶ ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 61; JARROSON, CH., « La clause compromissoire (art. 2061 C.civ.) », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage. Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage*, Paris, 1992, págs. 259-260; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 165 y ss.

⁷²⁷ CARBONNEAU, T., *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, ob.cit., págs. 108 y ss.; MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, ob.cit., pág. 8; ROBINSON, M., "Arbitration and Alternative Dispute Resolution", ob.cit., pág. 21; TWEEDDALE, K.,

4. La incorporación sucesiva de una cláusula arbitral en los estatutos de las sociedades de capital

En la escritura de constitución de una sociedad se podrá introducir en los estatutos todos los pactos o condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer que regirán su funcionamiento, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social (artículos 8, 9, 10 LSA y 12.3 LSRL)⁷²⁸.

Así, en Derecho de sociedades está permitido, en principio, todo lo que no está prohibido, por lo que cuando los socios fundadores quieren que por medio de arbitraje se resuelvan sus futuras disputas, se introducirá una cláusula arbitral en sus estatutos, sin ser necesarios ningún otro tipo de requisitos formales para su adopción como medio alternativo a la jurisdicción para resolver sus futuros conflictos internos, siendo vinculante para los socios fundadores y los socios sucesivos⁷²⁹.

Pero cuando los socios quieren implantar una cláusula arbitral posteriormente a la constitución de la sociedad, ha habido posiciones encontradas en cuanto a la mayoría exigida para su adopción o a la necesidad de que ésta sea aprobada por la unanimidad de los socios. Este dilema gira en torno a que en la Ley de Arbitraje se exige que en el convenio arbitral se exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o

TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, ob.cit., págs. 75 y ss.; TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, ob.cit., págs. 683 y ss.; *Lapine Technology Corp. V. Kyocera*, 130 F. 3rd 884, 891 (9th Cir. 1997)-USA; RAU, A., PÉDAMON, C., «La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain», ob.cit., pág. 458; ZUCCONI GALLI FONSECA, E., «Collegamento negoziale e arbitrato», en <http://www.judicium.it>, 31 enero 2008, [fecha de consulta 13 marzo 2008], pág. 11.

⁷²⁸ Los principios configuradores son los “rasgos estructurales que legalmente definen el tipo y que, por su carácter configurador del mismo, quedan fuera del poder de disposición de las partes. No se trata, o mejor, no sólo, de los caracteres definitorios más básicos contenidos directa o indirectamente en preceptos concretos de la LSA o LSRL sino de principios esenciales implícitos en el conjunto normativo regulador del tipo en cada momento, que –como los principios generales del Derecho, de cuya naturaleza parecen participar, pero en su propio y más reducido ámbito- informan su concreto régimen jurídico”. GUTIÉRREZ GILSANZ, J., “Escritura de constitución”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 580.

⁷²⁹ GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la Voluntad y sus principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., págs. 1875 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 454.

algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (artículo 9.1 LA).

Debido a estos planteamientos, en este apartado se estudiarán las diferentes posturas que se han tomado en la doctrina y en la jurisprudencia en este tema; así como la influencia que han tenido, tanto la nueva Ley de Arbitraje como las legislaciones extranjeras de nuestro entorno en ellas.

En primer lugar, cierta parte de la doctrina ha venido defendiendo que para la introducción sucesiva de una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad se requeriría de un acuerdo unánime por parte de sus socios, porque consideran que la cláusula arbitral no puede ser valorada como una mera modificación estatutaria, ya que creen que a través de la vía arbitral se está privando a los socios de la tutela jurisdiccional de sus derechos y esa privación no puede dejarse solamente al poder decisorio de la mayoría. Sostienen estos autores que el convenio arbitral únicamente vincula a quien exprese realmente su voluntad “inequívoca” de comprometer (tal y como exigía el antiguo artículo 5.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), considerando que falta esa voluntad cuando un socio no está conforme con dicho acuerdo, manifestándolo a través de su voto en contra o de su abstención. Se considera que no han manifestado su voluntad de aceptar la cláusula arbitral también aquellos socios que no han estado presentes en la Junta y quienes hayan votado en blanco. Esta parte de la doctrina ve también la cláusula arbitral como una imposición de nuevas obligaciones, para lo que sería necesario el consentimiento de los interesados (artículo 145 LSA y 71 LSRL)⁷³⁰.

⁷³⁰ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 432 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final”, ob.cit., pág. 95; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., págs. 458 y ss. En este sentido se encontraban también las enmiendas propuestas en el Senado, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 170 (c), de 2 de diciembre de 2003, págs. 39 y 45, al proponer mediante las nº 52 y 68, la introducción de una cláusula estatutaria de arbitraje para resolver las impugnaciones de acuerdos en las Sociedades Anónimas, en los estatutos originarios o a través de un acuerdo posterior aprobado por todos los socios. Resumiendo estas posiciones, aunque él no se encuentra a favor, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 292; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, ob.cit., págs. 142 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 58.

Esta línea de pensamiento se encuentra plasmada en una sentencia reciente del Tribunal Supremo, número 776/2007, de 9 de julio, en la que se impugnaban los acuerdos sociales adoptados en una Junta general por considerar que eran nulos de pleno Derecho. La parte demandada se opuso a la demanda alegando con carácter previo la excepción procesal de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, por contener los nuevos estatutos, aprobados en la misma Junta que se impugnaba, aunque en un momento posterior al que se habían excluido los socios demandantes, una cláusula estatutaria de arbitraje para resolver las impugnaciones de acuerdos sociales. Es necesario aclarar que a esta demanda le era aplicable la antigua Ley de Arbitraje (1988) y no la nueva (2003).

En este conflicto no está en duda que la materia societaria pueda o no ser sometida a arbitraje, ya que la misma sentencia cita el fallo del Tribunal Supremo 355/1998, de 18 de abril, como favorable al mismo. En esta demanda lo que existe es un problema temporal, ya que la parte demandada alega y pretende acogerse a la cláusula arbitral aprobada el 21 de septiembre de 1998, en los mismos acuerdos que la actora impugna, ya que anteriormente existía otra cláusula arbitral, pero en la que se excluían expresamente de esta vía la impugnación de acuerdos sociales. Esta excepción no es recogida en los nuevos estatutos aprobados en la Junta general, cuyos acuerdos eran impugnados, por lo que la parte demandada considera que al tratarse de una impugnación de acuerdos sociales, su cauce natural sería el arbitral.

Es importante resaltar que los socios excluidos representaban la mayoría del capital social, por lo que una vez excluidos podría pensarse que la mayoría requerida para adoptar el acuerdo de modificación estatutaria con el fin de modificar la cláusula arbitral que ya contenían sus estatutos, sería más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divida el capital social, de acuerdo a como ha quedado reducido después de la exclusión (artículo 53 LSRL). Pero este razonamiento no sería válido una vez que el acuerdo de exclusión ha sido declarado nulo de pleno Derecho, ya que acarrea la nulidad de los posteriores acuerdos por haber sido adoptados con mayorías insuficientes y porque cuando un acuerdo social es declarado nulo afecta a todos los acuerdos sucesivos que dependen directamente de él (artículo 122.2 LSA).

De manera que si hablamos de no posibilidad de sometimiento del asunto a arbitraje, no es porque el asunto no sea arbitrable o porque la Ley no lo permita, sino porque los socios están sometidos a los estatutos, y si en ellos no está permitido optar por el arbitraje para la impugnación de acuerdos sociales, no se trata de que no se hayan cumplido los requisitos para su adopción, como la pretendida unanimidad, sino que las partes mismas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (artículo 12.3 LSRL), han escogido, válidamente, otra vía para ella, es decir, la judicial, y las partes han de cumplir de buena fe sus compromisos (artículo 7 CC).

En cuanto a la aplicación temporal de la Ley, es cierto que estarían sometidos a la Ley de Arbitraje de 1988, en la que sí se exigía la voluntad inequívoca de las partes para someter sus controversias a la decisión arbitral, elemento importantísimo para la resolución de este conflicto. Esto quiere decir que, en aplicación estricta de la Ley de 1988, al requerirse la voluntad inequívoca de las partes, sí hubiese sido necesario que los demandantes hubiesen aceptado también esta nueva cláusula con el fin de poder ser sujetos de su aplicación, ya que ellos ya no pertenecían a la sociedad. En caso contrario, no podrían estar vinculados por los estatutos y por la nueva cláusula compromisoria inserta en ellos, ya que no están otorgando su consentimiento de ninguna manera.

Este es un supuesto especial de aplicación no retroactiva de los efectos de una cláusula arbitral conforme a la antigua Ley de Arbitraje; pero, a pesar de esto, en cuanto a la interpretación del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje de 1988, se defendía en su momento, en cuanto a los nuevos socios y no con efecto retroactivo, que no era necesaria una declaración expresa de voluntad de los nuevos socios a ella, sino que se decía que había que buscar la voluntad inequívoca en el pacto estatutario más que en la voluntad del socio, por la novación subjetiva que provoca ya que se da una subrogación en la posición del socio anterior⁷³¹. “No puede pretenderse, como en su día algunos

⁷³¹ Durante la vigencia de este artículo, los intérpretes sostenían que “la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje, a que se refiere el art. 5 LA, en el caso del subrogado se desprende del propio negocio en virtud del cual opera la subrogación o novación subjetiva del contrato. El subrogado queda ligado frente a terceros porque acepta ocupar la posición contractual que ocupaba aquel en quien se subroga, mediante una sucesión singular en esa concreta relación contractual, pero de forma íntegra, pasando a ocupar su posición jurídica, tanto respecto de lo beneficioso como de lo perjudicial, tanto en cuanto a los derechos como a las obligaciones y tanto respecto de las acciones ejercitables como de las excepciones oponibles *inter partes*, incluida la sumisión arbitral”. MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación *inter vivos* en el convenio arbitral”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 212.

defendieron, que la existencia de una manifestación “inequívoca” de comprometer (como decía el malhadado y ya derogado art. 5.1 de la Ley de 1988) no se cumple cuando un nuevo socio “se limita” a suceder al anterior socio en la relación jurídica societaria. De aquí, retorciendo el argumento, se llegaba por algunos a defender la inidoneidad de los estatutos para incluir un pacto de sumisión a arbitraje, toda vez, se decía, que la vocación de los estatutos era obligar a terceros y esto no habría de ser posible en un convenio arbitral por muy estatutario que fuera cuya consustancial eficacia limitada “inter-partes” erróneamente se defendía como algo sustancial al contrato de sumisión”⁷³².

El artículo 5, inciso primero de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje decía expresamente:

El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o mas árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión.

Sin embargo, si hubiese que resolver este conflicto conforme a la Ley vigente de 2003, este no tendría sentido, ya que si la cláusula hubiese sido válidamente adoptada mediante los requisitos de quórum y votación establecidos en la Ley, y los votos de los socios excluidos no hubiesen sido determinantes, al pretender seguir formando parte de la sociedad, por alegar la nulidad del acuerdo que los excluía de la misma, estarían vinculados por la cláusula arbitral, como norma de funcionamiento interno, vinculante para todos los socios en sus relaciones entre ellos y con la sociedad. Además, tal y como la misma sentencia afirma en el fundamento de Derecho tercero, inciso b), sería de aplicación el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, cosa que no ocurre por no estar regulado en la antigua Ley. Si se hubiera podido aplicar este principio, se hubiera podido sostener la validez del convenio arbitral aunque los nuevos estatutos estuviesen

⁷³² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 289; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 3.

viciados de nulidad y de esta forma se hubiese permitido al árbitro conocer sobre dicha validez y sobre su propia competencia.

Pero retornando al tema inicial y a pesar de esta sentencia, la mayoría de la doctrina, en cambio, sostiene que no será necesaria esa unanimidad, ya que las sociedades de capital se rigen por órganos colegiados en los que las decisiones se toman por mayoría. El principio de mayoría constituye un principio configurador de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y no puede ser vulnerado por la autonomía de la voluntad que rige a estas sociedades (artículos 10, 93.1 LSA, 12.3, 43 y 53 LSRL). Además, la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos sociales no entraña nuevas obligaciones para los socios ni la obligación de realizar prestaciones accesorias para lo cual se requeriría la aquiescencia de los interesados, como tampoco resulta perjudicial a una clase de acciones (artículos 145, 148 LSA y 159 RRM)⁷³³.

En todo caso, los anteriores argumentos no se pueden considerar válidos, ya que hay que considerar también que la Ley exige la aquiescencia o el consentimiento de los interesados, nunca se habla del consentimiento unánime de los interesados; mientras que sí se dice expresamente que para la modificación perjudicial a una clase de acciones se requerirá de un acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada y, en este caso en concreto (“exprimiendo” al máximo los conceptos), se podría considerar como que todos los socios se verán “afectados” (sin ninguna connotación negativa) por la introducción de la cláusula arbitral.

⁷³³ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 214; ILLESCAS, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, en *Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, dir. E. Verdera y Tuells y otros, I/2008, Iprolex, Madrid, pág. 40; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., págs. 292 y ss.; GALÁN LÓPEZ, C., “Estatutos Sociales”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 588; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, ob.cit., págs. 142 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 459; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 21; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 40 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 247; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.; VIERA GONZÁLEZ, AJ., *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, nº 18, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002, págs. 231 y ss.

Considero que deberá expresarse el consentimiento a través de un acuerdo mayoritario de los socios, a menos que los estatutos hayan establecido que la modificación deba ser aprobada por un acuerdo unánime. Esto es así, ya que al tratarse de un grupo de socios la única forma de expresar efectivamente su voluntad es a través de un acuerdo que se aprobará por las reglas de la mayoría, ya que si se exigiera un acuerdo unánime, se estaría dando a cada socio un derecho de veto que no es concebible para el desarrollo normal de la vida de una sociedad de capital, con una estructura corporativa, en la que su organización y el funcionamiento interno se rigen al margen del *intuitus personae*, con una separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios que la componen⁷³⁴.

Así, la tesis mayoritaria sostiene que la incorporación de la cláusula de arbitraje a los estatutos sociales de forma sucesiva no debe ser vista como un perjuicio para los derechos de los socios y por tanto no se puede exigir la unanimidad, siempre que se apruebe a través de una manifestación de voluntad “idónea”⁷³⁵, y ésta lo será cuando se exprese a través de un acuerdo aprobado con el quórum y las mayorías correspondientes a las modificaciones estatutarias, sin exigir más requisitos que el de su constancia en el Registro Mercantil (artículos 53 LSRL, 103, 144.2 LSA, 94 y 158 RRM)⁷³⁶.

⁷³⁴ MARTÍNEZ ROSADO, J., “Sociedades de Capital”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1208 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 41 y ss.; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61; GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, pág. 322.

⁷³⁵ Calificativo que se puede entender requerido para la voluntad en la nueva Ley de Arbitraje (artículo 9.1) para poder ser válidamente vinculado por una cláusula arbitral, en lugar de la voluntad “inequívoca” que se exigía con la antigua Ley de 1988. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, ob.cit., pág. 143.

⁷³⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, en *Butlletí*, nº 4/1992, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, pág. 38; se encuentran de acuerdo con esta posición también SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de sociedades”, ob.cit., pág. 2049; CALAZA LÓPEZ, M., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 206; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 334; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 969; CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, ob.cit.; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 440; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; BUSTILLO SAIZ, M., “Acuerdo Social”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 127; HUBER, S., «Opening conference of the Heidelberg Center for International Dispute Resolution», en *German Law Journal*, Vol. 4, nº 3-1, <http://www.germanlawjournal.com>, Marzo de 2003, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008]; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 215; CREMADES, B., “El arbitraje societarios”, ob.cit., pág. 3; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61;

De igual modo, el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas faculta expresamente a incluir en la escritura todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la Sociedad Anónima (o de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en su caso), por lo que, según la doctrina mayoritaria, hay que entender que todos aquellos pactos o condiciones que afecten la condición de socio, son cláusulas estatutarias en su más genuino sentido; y por tanto, deberán adoptarse a través del régimen colegial previsto en la Ley, lo que por supuesto se aplica a la cláusula arbitral⁷³⁷.

La incorporación en los estatutos sociales de una cláusula arbitral o la ampliación de una cláusula arbitral estatutaria no priva a los socios de su derecho a la tutela judicial efectiva, primero, porque existe una Ley promulgada a través de los procedimientos legislativos ordinarios que lo faculta; segundo, porque el arbitraje no priva a los socios ni de las garantía procesales básicas ni del derecho a obtener una resolución jurídica fundada, sino que únicamente se está disponiendo del cauce o vía para resolver el conflicto. Y, en tercer lugar, siempre tendrán los socios (o las partes) el derecho garantizado a acudir a los tribunales mediante la acción de anulación del laudo, a través del cual existe un control del procedimiento y del orden público por parte del Estado. “El arbitraje está considerado como un equivalente jurisdiccional que la legislación pretende impulsar como medio más ágil, rápido y adaptable a las circunstancias del caso que la jurisdicción ordinaria, esto es, como un derecho puesto a disposición de los particulares, no como una privación de derecho alguno. El ejercicio de ese derecho está sometido a las reglas previstas en la LA/2003 a cuyo tenor, tal y como se indicó antes, la voluntad idónea para la sumisión no es ya la “inequívoca”, sino que basta con una simple remisión que ni siquiera requiere mención alguna en torno a la cláusula arbitral”⁷³⁸.

En cuanto a la forma de adoptar el acuerdo para modificar los estatutos en una Sociedad de Responsabilidad Limitada, por ejemplo, se exige expresamente el voto

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 248; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

⁷³⁷ GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 60.

⁷³⁸ GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., págs. 59.

favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social para el aumento o reducción del capital social y, en general, para cualquier otra modificación de los estatutos (artículo 53 LSRL). Para la transformación, fusión o escisión de la sociedad, será necesario el voto favorable de al menos $\frac{2}{3}$ de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social; y únicamente será necesaria la unanimidad para la incorporación a los estatutos, la modificación o la supresión de las causas estatutarias de separación (artículo 96 LSRL), para incorporar a los estatutos otras causas de exclusión o modificarse las estatutarias (artículo 98LSRL), y para modificar el derecho de los socios a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación (artículo 119.2 LSRL). No se dice en ningún momento que sea necesaria la unanimidad para la incorporación de la cláusula arbitral, y se considera que esta normativa es una enumeración taxativa de las materias para las que sí será necesaria dicha unanimidad, por ser una excepción al modo normal de tomar acuerdos en las sociedades de capital⁷³⁹.

Además, de acuerdo al apartado 3 del artículo 53 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la Ley, eso sí, sin llegar a la unanimidad. Es posible asimismo, que los estatutos exijan, además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un determinado número de socios.

En el Derecho comparado, en Francia y en Italia en concreto, se ha optado por requerir mayorías especiales y no la unanimidad para la introducción o supresión de la cláusula arbitral estatutaria.

En Francia, la cláusula compromisoria puede ser introducida de igual modo que cualquier otra cláusula en los estatutos de una sociedad, es decir, a través de mayorías especiales en asamblea extraordinaria ($\frac{2}{3}$ de los accionistas presentes o representados en las Sociedades Anónimas y $\frac{3}{4}$ de las participaciones en las Sociedades de Responsabilidad Limitada), pero sin ser necesaria la unanimidad, ya que no se están

⁷³⁹ BARBA DE VEGA, J., “La Junta General”, Capítulo VIII, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 249 y 250; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61.

agravando o disminuyendo los derechos de ninguno de sus socios. Además, toda cláusula que exija una mayoría más elevada se tendrá por no escrita⁷⁴⁰.

En Italia por su parte, para la introducción o supresión sucesiva de la cláusula arbitral será necesaria la modificación estatutaria aprobada por una mayoría cualificada de $\frac{2}{3}$ del capital social en asamblea extraordinaria, incluso en las sociedades de personas para las que se requiere la unanimidad para cualquier otra modificación estatutaria. Esta medida del legislador italiano tiene como finalidad hacer más difícil tanto la introducción como la supresión de la misma y así proteger a la minoría⁷⁴¹. Además, se prevé que los socios ausentes o disidentes podrán ejercitar el derecho de separación⁷⁴², como medida extrema pero eficaz para la tutela del socio, dentro de los noventa días siguientes⁷⁴³.

Es importante resaltar en este apartado que, tal y como se ha estudiado en los ordenamientos vecinos, y en concreto en el ordenamiento italiano, para que una cláusula de este tipo sea válida, eficaz y se pueda introducir posteriormente durante la vida social, se requieren una serie de presupuestos que brinden seguridad a los socios, presentes y futuros, y a los terceros que quieran relacionarse con la sociedad. No se trata

⁷⁴⁰ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 375 y ss.; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 191.

⁷⁴¹ PETRAZZINI, B., “Delle modificazioni dello statuto”, en *Il nuovo diritto societario: d.lgs. 17 gennaio 2003, n°6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n°5, d.lgs. 11 aprile 2002, n°61*, dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, pág. 1382; SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, ob.cit., pág. 4; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., págs. 24 y ss.; BOGGIO, L., « Quale disciplina per l'arbitrato irrituale statutario ? », en *Rivista di Diritto Societario*, n° 4/2007, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, pág. 74.

⁷⁴² El Derecho de receso/separación de los socios ausentes o disidentes constituye el paso de una posición que garantizaba la integridad del capital social y, de forma indirecta, de los acreedores, a la tutela, *in primis*, del miembro individual de la sociedad. Lo que pretende el legislador con esto, es permitirle al socio salir de la sociedad, sustrayéndose a la decisión tomada por la mayoría y contraria a sus intereses, con la posibilidad de servirse de la amenaza de recurrir a tal opción como un elemento disuasorio. Un poder así en manos del socio individual puede, de un lado, exaltar la libertad, pero de otro lado puede minar la estabilidad patrimonial de la sociedad, y por ende en detrimento sobre todo de los acreedores. LIBERIO, C., “Delibera di acquisto di azioni proprie: poteri cautelari di sospensione e possibilità di receso del socio”, ob.cit., pág. 3.

⁷⁴³ CHIOMENTI, F., “La revoca delle deliberazioni assembleari”, en *Saggi di diritto commerciale*, dir. G. Ferri, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969, pág. 139; BORIO, G., *L'arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 13; ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 405; Relazione al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, ob.cit., pág. 49; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L'arbitrato societario”, ob.cit., págs. 5 y ss.; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 28; BLANDINI, A., “La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obligazioni*, Anno CV, n° 7-8-9, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Bologna, 2007, págs. 602 y ss.

de una cláusula más, ya que aunque no vulnera el derecho de los socios de acudir a la jurisdicción ordinaria (si así lo quisiesen), ni se afecte la tutela judicial efectiva, ya que el arbitraje también la garantiza; considero que la introducción de una cláusula arbitral sí constituye una modificación sustancial en la estructura organizativa societaria, por lo que sería necesario que la Ley exigiera un mínimo de garantías y/o requisitos para su válida adopción⁷⁴⁴.

En este sentido sería recomendable seguir el modelo instaurado por el legislador italiano (artículo 34.6 D. Leg. 5/2003)⁷⁴⁵ cuando se pretenda introducir de forma sucesiva una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad de capital, exigiendo una mayoría reforzada para la adopción del acuerdo y permitiendo en los estatutos a los socios ausentes o disidentes ejercitar el derecho de separarse de la sociedad dentro de un plazo determinado. Este razonamiento del legislador italiano nos viene a poner en evidencia que la introducción sucesiva de una cláusula arbitral en los estatutos sociales no es un acuerdo más propio del funcionamiento normal de una sociedad, sino que se trata de un acuerdo que tiene implicaciones en la esfera interna y externa de la sociedad, por lo que requiere de un tratamiento más riguroso.

El derecho de separación permite a los socios desvincularse de forma voluntaria y unilateral de la sociedad por las decisiones de la mayoría que implican una alteración de las bases esenciales por las que el socio ingresó en la sociedad⁷⁴⁶. Las causas legales de separación de los socios están reguladas de forma taxativa tanto para las Sociedades Anónimas como para las Sociedades de Responsabilidad Limitada (artículos 147.1, 149.2, 225.2 LSA y 95 LSRL), aunque es posible que en los estatutos se establezcan otras causas distintas de separación (artículo 96 LSRL). Dentro de estas últimas es donde se podría introducir la opción de que en caso de adoptar una cláusula arbitral

⁷⁴⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., págs. 456 y ss.

⁷⁴⁵ El artículo 34 del D. Leg. 5/2003 italiano, en su apartado sexto, dice expresamente: *Las modificaciones de la escritura constitutiva, que introduzcan o suprima la cláusula compromisoria, deberán ser aprobadas por los socios que representen al menos 2/3 del capital social. Los socios ausentes o disidentes podrán, dentro de los 90 días siguientes, ejercitar el derecho de separación.*

⁷⁴⁶ VIERA GONZÁLEZ, J., “Derecho de Separación (SA Y SRL)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 490 y ss.

durante la vida de la sociedad, los socios que no estuvieran de acuerdo con ella podrán ejercitar su derecho de separación y el plazo para ello⁷⁴⁷.

A pesar de esta recomendación de seguir la experiencia italiana, en nuestra doctrina se ha dicho que otorgar el derecho de separación a los socios que no estén de acuerdo con la introducción posterior de una cláusula arbitral en los estatutos sociales “puede parecer desproporcionada si se cuenta con una disciplina adecuada para el arbitraje estatutario, que contemple, esto es, sus especificidades. Sobre todo, en el contexto del ordenamiento español, teniendo en cuenta que un remedio tan extremo en relación con la garantía que pierden los terceros tras la obligada reducción de capital que supone, no está previsto en nuestras leyes para modificaciones que afectan de un modo mucho más sustancial al núcleo de la condición jurídica de socio”⁷⁴⁸.

Por tanto, en el estado actual de la legislación, considero que la cláusula arbitral debe ser tratada como cualquier otra cláusula estatutaria y, en caso de modificación de los estatutos debe llevarse a cabo por el mecanismo ordinario (artículos 103, 144 y siguientes LSA, 53 LSRL), ya que no supone ningún perjuicio grave para los socios ni se les está privando de ningún derecho⁷⁴⁹.

Esto quiere decir que, para la introducción de una cláusula arbitral, será necesaria en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50 % del capital suscrito con derecho a voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25 % de dicho capital. Cuando concurren accionistas que representen menos del 50 % del capital suscrito con derecho a voto, los acuerdos de modificación estatutaria para introducir la cláusula arbitral sólo podrán adoptarse válidamente con el voto favorable de $\frac{2}{3}$ del capital presente o representado en la junta. Es posible que los estatutos sociales prevean un quórum y

⁷⁴⁷ Por el principio de autonomía de la voluntad, se pueden configurar nuevas causas de separación y exclusión de los socios, pero esto deberá hacerse de forma detallada en los Estatutos. Deberá determinarse el modo de acreditar la existencia de la causa de separación, la forma y el plazo dentro del cual habrá de ejercitarse este derecho. BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 141.

⁷⁴⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61.

⁷⁴⁹ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., págs. 48 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 42; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61.

mayorías más elevadas para aprobar estos acuerdos (artículo 103 LSA). Además, será necesario que los administradores o los accionistas autores de la propuesta de introducir la cláusula arbitral en los estatutos sociales formulen un informe escrito con la justificación de la misma. Deberá expresarse de forma clara en la convocatoria esta propuesta; así como el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos. Y, por último, en caso de aprobación de la propuesta de introducción de una cláusula arbitral en los estatutos sociales, este acuerdo deberá constar en escritura pública, inscribirse en el Registro Mercantil y publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (artículo 144 LSA y 94.1.13 RRM).

Lo que se pretende con la cláusula arbitral es que la sociedad cuente con un mecanismo alternativo a la jurisdicción para resolver sus conflictos, debiendo aprobarse a través de las mayorías requeridas (artículos 93 LSA y 53 LSRL), que son el reflejo de la voluntad social. En el caso de una modificación estatutaria de este tipo, el socio de una sociedad de capital no puede invocar desconocimiento o inseguridad, ya que al adquirir la acción o participación social, se adhirió a un sistema que se rige por principios específicos, dentro de los cuales esté el principio de mayoría y, aunque es evidente que éste tiene ciertos límites, éstos últimos no pueden coartar la voluntad de la mayoría de elegir la vía arbitral como mecanismo para la resolución de sus desavenencias⁷⁵⁰.

III. La eficacia o el alcance subjetivo de la cláusula arbitral estatutaria

1. La vinculación de la propia sociedad por la cláusula arbitral estatutaria

Uno de los aspectos más controvertidos de la cláusula arbitral es su eficacia o alcance subjetivo. A quiénes vincula la cláusula arbitral y a quiénes no, ha sido defendido por diversos autores en posiciones encontradas, pero con las reformas legales y los avances en la doctrina estos argumentos han ido variando.

⁷⁵⁰ CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 336; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 42 y ss.

Están vinculadas por una cláusula arbitral, al igual que lo estarían por cualquier contrato, las personas físicas o jurídicas con capacidad de obrar, que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y sean socios de la sociedad de capital que la contiene (artículos 6 y 7 LEC).

En el caso de una sociedad como persona jurídica, hay que distinguir entre la posibilidad que tienen los socios, fundadores o posteriores a través de los procedimientos establecidos, para insertar una cláusula arbitral en sus estatutos con el fin de resolver las controversias internas que puedan presentarse; de cuando dicha sociedad es parte de un arbitraje, no necesariamente societario, como sujeto vinculado por una cláusula arbitral estatutaria inserta en otro tipo de contrato mercantil⁷⁵¹.

El artículo 38 CC faculta a las personas jurídicas para contraer obligaciones y ejercitar “acciones civiles y criminales”. De esta forma, los socios fundadores están facultados para, como reiteradamente se ha mencionado, incluir una cláusula estatutaria que determine que sus controversias internas (entre socios, administradores y la sociedad) sean resueltas por este medio; además de la posibilidad de obligarse a través de un compromiso para que sus controversias presentes (un conflicto determinado) o futuras se resuelvan por este medio.

Hubo quienes consideraban que la sociedad no era parte del convenio arbitral cuando éste se hubiera insertado en los estatutos originarios pretendiendo que, de acuerdo al artículo 9 LA, se requería la voluntad expresa de las partes, porque en este caso consideraban que los socios fundadores y no la sociedad tomaron dicho acuerdo. En contra de la postura anterior se ha aclarado que, “no puede olvidarse el doble juego que se produce en la constitución de la sociedad: contrato y nacimiento de la persona jurídica. Actividad contractual entre los socios y al mismo tiempo acto corporativo en el que los fundadores intervienen además como órgano del ente que surge y regulan la vida futura del mismo dotándolo de las normas estatutarias que en adelante vincularán tanto a los socios como a la sociedad, si bien con referencia tan sólo a la relación societaria”⁷⁵².

⁷⁵¹ VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 331.

⁷⁵² CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 320; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 37; en el mismo

Cuando la cláusula arbitral se incluye en los estatutos sociales se convierte en una norma de autogobierno de la sociedad y sus socios en sus relaciones recíprocas, por lo que es evidente su vinculación a la misma⁷⁵³. No se puede desvincular a la sociedad de su momento fundacional, porque algo que no es, no puede llegar a ser, y si es en ese momento en donde está precisamente “naciendo” y son esas las “reglas del juego” a las que se verá supeditado durante su existencia, no se puede pretender que las demás normas estatutarias sí sean las que van a regir su vida y la cláusula arbitral no. De este modo, los únicos legitimados para dar el consentimiento por la sociedad, que en ese momento la representan y manifiestan su voluntad, son los socios fundadores y no puede hacerse ahí una separación entre su voluntad y la voluntad social⁷⁵⁴.

Estos argumentos se encuentran también en el Derecho italiano, y en él no existe duda alguna de la oponibilidad de la cláusula arbitral a la sociedad, ya que la Ley prevé la posibilidad de optar por la vía arbitral a través de una cláusula compromisoria inserta en sus estatutos como una opción y no como una obligación, y si la sociedad ha decidido incluirla, la vinculará⁷⁵⁵.

2. La vinculación de los socios presentes y futuros a las normas del funcionamiento social

Los estatutos son las normas de funcionamiento que la propia sociedad se ha adjudicado durante su período fundacional, los cuales puede completar o modificar

sentido COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 66 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, M., “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje”, ob.cit., pág. 47; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 442; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 53.

⁷⁵³ En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit., sostiene que también los problemas que surjan en una sociedad en formación o en una sociedad irregular, así como en una sociedad que se encuentre en liquidación serán competencia de un árbitro, ya que si existe una cláusula arbitral en los estatutos originarios de dicha sociedad es porque los socios así han querido que se resuelvan los conflictos.

⁷⁵⁴ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 220; TAPIA SÁNCHEZ, M., “Junta Constituyente”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 720; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 455.

⁷⁵⁵ CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 3; STESURI, A., *Gli arbitrati societari*, ob.cit., pág. 160; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., pág. 284; MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación *inter vivos* en el Convenio Arbitral”, ob.cit., págs. 212-213.

durante toda su vida. Éstos tendrán origen negocial, pero una vez aprobados trascienden la esfera de quienes los aprobaron y vincularán también a todos los socios futuros⁷⁵⁶.

Conforme a lo anterior, los socios al adquirir la acción o participación social se han adherido a los instrumentos contractuales que rigen el funcionamiento de la sociedad de la que pretenden formar parte y, si dentro de ellos está una cláusula compromisoria, estarán vinculados por ella⁷⁵⁷.

Tanto los socios fundadores como los nuevos socios estarán sometidos automáticamente a los estatutos ya que de una u otra forma han expresado su voluntad de aceptarlos, con los derechos y las obligaciones que éstos conllevan, sin ningún tipo de diferencia de trato con relación a los demás socios⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo I, coord. A. Alonso Ureba y otros, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pág. 72; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 23; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 50; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 250.

⁷⁵⁷ LÜKE, W., BLENKE, H., „Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten – Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung-“, ob.cit., pág. 266; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 34 y ss.

⁷⁵⁸ CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 203; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 15; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 323; Resolución de 19 de Febrero de 1998, Dirección General de los Registros y Notariado, fundamento de Derecho tercero; STS (Sala de lo Civil), nº 355/1998, de 18 de abril, fundamento de Derecho segundo; GÓMEZ PORRÚA, J., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 1954; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6943; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 418; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de Acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., págs. 1987 y 2000; VICENT CHULIÁ, F., “Arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales. Acto final”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 1/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, J. M. Bosch Editor, Barcelona, pág. 95, aunque para él los nuevos socios asumen todas las obligaciones sin que sea necesaria publicidad registral; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 221; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 429; MIRABELLI, G.; GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 148; NOBILI, R., *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, ob.cit., pág. 69; CARLEO, R., *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 106; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 19; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 261; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 376; HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, ob.cit., pág. 557; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 12; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 32; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 126; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

La correspondiente inscripción del pacto estatutario en el Registro Mercantil es un mecanismo que asegura la publicidad que este tipo de normativa interna de la sociedad requiere para ser realmente eficaz frente a quienes lo suscribieron y asegura su eficacia *erga omnes* frente a todos los socios (presentes o futuros)⁷⁵⁹. Incluso, si en los estatutos se contiene una cláusula arbitral, la eficacia del laudo que se dicte y por el cual se anule un acuerdo social, en condiciones análogas a las que produciría una sentencia judicial, afectará a todos los socios aunque no hubieren litigado (artículos 114 y 175 RRM, 222.3 LEC)⁷⁶⁰.

En el Derecho italiano la vinculación de los nuevos socios ha sido ampliamente discutida. Parte de la doctrina afirmaba que por actos entre vivos, además de aceptar los estatutos, los nuevos socios debían firmar aceptando específicamente la cláusula arbitral. Defendían que, bajo pena de nulidad, debían cumplir con la doble suscripción prescrita por el artículo 1341 de su Código Civil⁷⁶¹, como requisito *ad substantiam* y no

⁷⁵⁹ Hay quien afirma que una vez otorgada la escritura pública, aún cuando ésta no haya accedido al Registro Mercantil, si la escritura contiene una cláusula arbitral, la cláusula será eficaz frente a todos los socios, sin perjuicio, en su caso, de los efectos de la publicidad material negativa; porque la inscripción tiene al igual que la escritura carácter constitutivo, “de ahí que, otorgada la escritura pública y no inscrita en el RM en el plazo de un año desde el otorgamiento, o antes, si se verifica la voluntad de no inscribir, la sociedad en formación se convierte en una sociedad irregular (...). Se trata de un proceso de fundación frustrado, que constituye causa justa de disolución (...). Si la disolución no es instada o mientras no se inste, cabe preguntarse si los socios están vinculados por los actos estatutarios que han suscrito y asimismo si lo estarán los adquirentes sucesivos de las cuotas. En especial si les vinculará la cláusula arbitral. (...) Se produce, pues, una conversión de la sociedad en formación en sociedad colectiva o civil o mejor, simplemente el sometimiento *ex lege* de la sociedad anónima irregular a las normas de esas sociedades. (...) Conforme a ello, se priva a la sociedad del beneficio de la irresponsabilidad de sus socios frente a terceros como si de una sociedad colectiva o civil se tratara; pero el plano interno no queda afectado en la medida en que aquéllos no resultan afectados. (...) No hay duda que ese pacto vincula a todos los socios fundadores, a los administradores y a la propia sociedad y, a mi juicio, también, a los socios sucesivos que adquieran una acción o partición de forma derivativa en aplicación de la doctrina de la publicidad material negativa del Registro o principio de oponibilidad por cuanto, o no pueden ser considerados terceros, o podría probarse que conocían el acto sujeto a inscripción y no inscrito (artículo 21.4 CCom)”. GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *ob.cit.*, págs. 63 y ss.

⁷⁶⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Registro Mercantil”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 970 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitralidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, *ob.cit.*, pág. 289; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *ob.cit.*, pág. 57.

⁷⁶¹ Artículo 1341 Código Civil italiano: (*Condiciones generales de contratación*). *Las condiciones generales de contratación previstas por uno de los contratantes son eficaces en relación con el otro, si al momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o las debería haber conocido de acuerdo con la diligencia ordinaria. En todo caso no tienen efecto, si no son aprobadas específicamente por escrito, las condiciones que establecen, a favor del que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultad de rescindir el contrato o de suspender la ejecución, o bien sancionando a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, la prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogación de la competencia de la autoridad judicial.*

*ad probationem*⁷⁶², ya que la encuadraban como una cláusula *vessatoria*⁷⁶³ dentro de un contrato con condiciones generales o formularios (los contratos de adhesión)⁷⁶⁴; por lo que al comportar para ellos una disposición de derechos importante, tal y como es la renuncia a la jurisdicción, se requeriría una específica manifestación de voluntad, inequívoca y directa (escrita), de parte del sujeto para estar vinculado a ella⁷⁶⁵. Esta postura la podemos encuadrar como la posición que se mantenía aquí en España con la antigua Ley de arbitraje de 1988, al requerir también en su artículo 5, inciso primero, la expresión de la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de las cuestiones litigiosas a arbitraje.

Pero la gran mayoría de la doctrina italiana (cuyos argumentos son trasladables al ordenamiento arbitral español, después de la nueva Ley de Arbitraje de 2003), con la reforma al Derecho societario (2001), ha aceptado que tras la entrada de un nuevo miembro en la sociedad se produce una aceptación automática del pacto compromisorio, sin requerir la aprobación específica de la cláusula arbitral por parte del nuevo socio (artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano). Además, el contrato societario no es calificable de contrato de adhesión, ya que el nuevo socio entra a formar parte de la sociedad en condición paritaria con los otros socios, con una comunidad de intereses y fines, producto de la Ley y de los estatutos, al expresar su voluntad de ser parte de ella (artículo 1332 del Código Civil italiano)⁷⁶⁶.

⁷⁶² MIRABELLI, G.; GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 149; CARLEO, R., *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 12; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., pág. 176.

⁷⁶³ *Vessatoria* podría traducirse como cláusula impuesta o unilateralmente redactada por uno sólo de los contratantes, para lo que sería necesaria una especial tutela por parte del ordenamiento para el contratante por adhesión en esta situación especialmente desfavorable para él. Así en *Suprema Corte di Cassazione. Sezione II Civile. Sentenza 27 aprile 2006, n. 9646*, en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34777>, [fecha de consulta 1 marzo 2007].

⁷⁶⁴ MIRABELLI, G., GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 23; NOBILI, R., *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, ob.cit., pág. 97, 103 y ss.

⁷⁶⁵ CARLEO, R., *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, ob.cit., págs. 12, 107, 109, 124, 125; SCHIZZEROTTO, G., *Dell'arbitrato*, ob.cit., págs. 175 y ss, y 191 y ss.; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 3 y ss., aunque acepta la necesidad de esta doble suscripción en las cláusulas *vessatorie*, más adelante, págs. 18 y 25 y ss., dice que no se requerirá esta especial aprobación cuando se trate de una cláusula contenida en los estatutos o en el reglamento de un organismo social del cual el sujeto entra a formar parte, ya que los artículos 1341 y 1342 C.c. se aplican únicamente en caso de condiciones generales predisuestas por uno sólo de los contratantes.

⁷⁶⁶ CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., "Del compromesso e della clausola compromissoria", ob.cit., pág. 82; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 84; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 18 y ss.; MORELLINI, L., "Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario: spunti di riflessione", ob.cit., pág. 80; NOBILI, R., *L'arbitrato delle*

Igualmente, no puede asimilarse tampoco la cláusula arbitral a las cláusulas abusivas (*vessatorie*) ya que al entrar a formar parte de la sociedad, de acuerdo con una ordinaria diligencia, se deberán conocer y entender los estatutos sociales y, si la cláusula está ahí, no se entiende porqué sería necesario una aceptación específica de ella, siendo una norma más a la que los socios libremente se están sometiendo en aras del fin social, sin limitar ningún derecho de los nuevos socios en beneficio de la sociedad.

La cláusula compromisoria, a diferencia de las cláusulas de un contrato de adhesión, no funciona en un único sentido o a favor de una sola de las partes, sino que las somete a ambas. El nuevo socio no puede negociar todas las cláusulas de los estatutos y esto no implica que el contrato social sea un contrato de adhesión, porque este argumento se opone a todos los principios que gobiernan el Derecho de sociedades y se opone al artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, cuando dice que “la presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios”⁷⁶⁷.

De acuerdo al razonamiento que se está haciendo, como factores esenciales para la vinculación de la cláusula arbitral para los socios, tanto presentes como futuros, son necesarios tres elementos. En primer lugar es necesaria la publicidad registral. En segundo lugar, la controversia o diferencia surgida deberá tener su causa en las relaciones jurídicas intrasocietarias. Y, por último, el socio o socios implicados en la controversia lo estarán precisamente por su condición de tales⁷⁶⁸.

associazioni commerciali, ob.cit., pág. 69; CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 6; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 21.

⁷⁶⁷ MARENGO, R., “Art. 833 c.p.c. (Forma della clausola compromissoria)”, en *La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario*, dir. A. Briguglio y otros, Giuffrè Editore, Milano, 1994, pág. 241; ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 898; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; GALLEGÓ SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 60.

⁷⁶⁸ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 36; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 217; ROBERT, J., *L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 60; ROBERT, J., *Arbitrage civil et commercial: droit interne et droit international privé*, ob.cit., pág. 135; BOISSESON, M. de, *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, ob.cit., págs. 45 y 48; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 66 y ss. y 261 y ss.; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., pág. 379; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 415; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob.cit., pág. 354; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de Sociedades”, ob.cit., pág. 2047; GIMÉNEZ DUART, T., “Impugnación de

La publicidad registral que se pretende no es la publicidad-noticia (aquella que busca el conocimiento de sujetos y actos que interesan genéricamente a terceros), sino que aquélla que condiciona a la cognoscibilidad general “a través de un instrumento oficial, accesible a todos y con garantías jurídicas”⁷⁶⁹ y su consiguiente oponibilidad a terceros, es decir, la publicidad material o legal.

Así, la cláusula es vinculante para la sociedad y para todos sus socios, presentes o futuros, sin hacer ningún tipo de distinción ni ser necesario ningún otro requisito de aceptación. Si la cláusula arbitral se encuentra en los estatutos sociales, no será necesaria una aceptación expresa de ella por los nuevos socios, o incluso por los fundadores, ya que al aceptar formar parte de la sociedad están aceptando la cláusula arbitral, como una norma más, entre otras, de su funcionamiento⁷⁷⁰. “Tanto las RRDGRN de 19 de febrero de 1998 y 4 de mayo de 2005 como la STS de 18 de abril de 1998 –y nuestra SAP de Madrid- sientan una doctrina que debería ser pacífica: el convenio arbitral insertado en estatutos es configurador de la posición de socio. Una vez inscrito, dicho convenio arbitral estatutario vincula no sólo a los socios presentes y a sus herederos (como se seguiría del principio de relatividad de los contratos) sino a todo futuro adquirente y subadquirente de la condición de socio y de suerte que “toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria”⁷⁷¹.

En el caso de cesión de la condición de socio, el nuevo socio adquiere la situación jurídica que tenía el socio cedente “en su integridad, en su pleno *status*”⁷⁷², sin precisarse de un nuevo consentimiento, ya que éste lo prestaron en su momento los

acuerdos sociales y otras cuestiones”, ob.cit., pág. 20; MERINO MERCHÁN, J., CHILLÓN MEDINA, J., *Tratado de Derecho Arbitral Privado Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 279.

⁷⁶⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Registro Mercantil”, ob.cit., pág. 971.

⁷⁷⁰ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 443; *Baker v. Yorkshire Assurance Co [1892]*; *Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheep Breeders’ Association [1915]-UK*; Walton, A., Vitoria, M., *Russell on the Law of Arbitration*, ob.cit., pág. 50; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 52; MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 418.

⁷⁷¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 289; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 209; STS (Sección 1ª) 355/1998, de 18 de abril, fundamento de Derecho segundo.

⁷⁷² CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 14; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 3; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 51.

socios fundadores⁷⁷³. Los consentimientos son individuales. El consentimiento del nuevo socio está implícito en la adquisición de esta condición. “Es igual ser parte en el negocio genético o llegar a serlo durante la vida del contrato. Están todos amparados y afectados por su propio pacto y a todos ellos les afecta por ser todos parte. La relatividad les comprende al existir vínculo jurídico entre el cesionario que subentra en sustitución del cedente y el contratante cedido”⁷⁷⁴.

No suscribo las posturas doctrinales que pretenden que cuando se adquiere una acción o participación social sea necesario emitir nuevamente un consentimiento expreso de la cláusula arbitral y no simplemente el requerido para adquirir la acción o participación, ya que en una cesión de este tipo ambas partes continúan vinculadas por el convenio arbitral inserto en el contrato objeto de dicha cesión. La voluntad del nuevo socio al adquirir la acción o participación social implica un consentimiento total de adhesión a todas las cláusulas estatutarias y no a unas solas, por lo que si se estipuló un convenio arbitral en los estatutos originarios por los socios fundadores, los socios sucesivos entrarán en una situación de paridad con los demás socios y no puede pretender negociar todas las cláusulas de los estatutos sociales, sino que si quiere formar parte de la sociedad deberá aceptarlos en su conjunto⁷⁷⁵.

⁷⁷³ CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 15; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., págs. 324-326; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 35; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 221; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Editorial COLEX, Madrid, 2000, pág. 73; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, ob.cit., pág. 68.

⁷⁷⁴ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., pág. 112. En este sentido también MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación *inter vivos* en el Convenio Arbitral”, ob.cit., págs. 211 y ss.; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 52.

⁷⁷⁵ VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 343; MUSIELAK, H., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ob.cit., págs. 2474 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 222; DODGE BYRNES, J., POLLMAN, E., “Arbitration, Consent and Contractual Theory: The implications of EEOC v. Waffle House”, ob.cit., págs. 289 y ss.; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 444; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 12; ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Collegamento negoziale e arbitrato”, ob.cit., pág. 15; ORTUÑO BAEZA, M., “Paridad de Trato”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 864; MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación *inter vivos* en el Convenio Arbitral”, ob.cit., pág. 213; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

Un caso diferente es cuando un ex-socio pretende impugnar mediante arbitraje un acuerdo adoptado mientras él era socio. En este caso existen dos posturas encontradas en cuanto a si el socio separado de la sociedad estará o no vinculado por la cláusula arbitral estatutaria vigente. Para una parte de la doctrina, el socio separado estará vinculado en la medida en que el conflicto surgió mientras él era aún miembro de ella, sin importar su condición actual, ya que se trata de un acuerdo adoptado mientras él estaba sometido al régimen societario dentro del cual estaba vigente la cláusula arbitral. Pero en contra de esta afirmación hay quien defiende, que la circunstancia de accionista es una postura procesal y por tanto no vinculará a un ex-socio cuando éste pretenda impugnar, por ejemplo, un acuerdo de Junta general, incluso cuando éste haya sido adoptado mientras él era socio, ya que según considera esta parte de la doctrina con la cual me identifico, lo hará en su condición de tercero acreditando un interés legítimo y no como un socio u órgano social, que fue en su momento, pero cuyo *status* ya no ostenta⁷⁷⁶.

En cambio, cuando se litiga para ser considerado socio, una interpretación muy flexible hace sostener que también están incluidos en el convenio arbitral⁷⁷⁷. Pero con base a la legislación actual creo que no podemos considerar que esta sea una interpretación válida, ya que no se puede pretender aplicar de forma extensiva un procedimiento que tiene como causa una cláusula arbitral estatutaria, la cual es vinculante para la sociedad y para todos los socios; mientras que quien litiga para conseguir ser reconocido como tal no tiene asegurado que lo será y por tanto que estará vinculado por ella, por el principio general del Derecho de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (artículo 1257 CC).

Con el fin de defender esta afirmación analizaré el caso de la transmisión forzosa de acciones o participaciones sociales cuando el adquirente de las mismas mediante subasta pública litiga para ser considerado socio y así conseguir que se inscriban dichas acciones o participaciones a su nombre en el libro de registro de la sociedad.

⁷⁷⁶ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 227; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 429.

⁷⁷⁷ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 227; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

Cuando se trate de acciones nominativas, el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas expresamente dice que la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito en el libro de registro que llevará la sociedad, en el que inscribirá las sucesivas transferencias de las acciones, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre aquéllas (en el mismo sentido artículo 27 LSRL).

La Ley de Sociedades Anónimas establece que tratándose de acciones nominativas, los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro de registro de acciones nominativas (artículo 56 LSA). En este caso en concreto, estos adquirentes estarán vinculados por la cláusula arbitral una vez inscritos como socios en el libro de registro de la sociedad, ya que su reconocimiento como socios resulta de un imperativo legal.

Pero también hay que analizar si en los estatutos se han establecido restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, porque en este caso se aplicarán normas diferentes. Las restricciones sólo serán válidas frente a la sociedad cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos, aunque serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción. Por tanto, sólo cuando los estatutos contienen las causas que restringen la libre transmisibilidad de las acciones, expresando las acciones nominativas a las que afectan y el contenido de esta restricción, podrá condicionarse la transmisión de las acciones a la previa autorización de la sociedad, prohibiendo que los estatutos atribuyan a un tercero la facultad de consentir o autorizar dicha transmisión (artículos 63 LSA y 123 RRM)⁷⁷⁸.

En el caso concreto de que la adquisición de las acciones se produzca como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, se aplicará el régimen de los supuestos especiales, es decir, podrá la sociedad rechazar la inscripción

⁷⁷⁸ En el caso de transmisión de participaciones sociales, salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos* entre socios, salvo que en la Ley o en los estatutos se establezcan limitaciones. La sociedad solamente podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios adquirentes de la totalidad de las participaciones por el valor razonable del día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Si transcurridos tres meses desde que el socio hubiera puesto en conocimiento de la sociedad su intención de transmitir las participaciones sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad de adquirente, podrá el socio transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad (artículos 29 LSRL y 188 RRM).

de la transmisión en el libro de registro de acciones nominativas, si así está previsto en los estatutos, presentando al adquirente de las acciones un comprador u ofrecerse ella misma a adquirirlas por su valor razonable al momento en que se solicitó la inscripción (artículo 64 LSA)⁷⁷⁹.

En un supuesto de este tipo, lo esencial es analizar primero los estatutos sociales, y si en ellos se establecen estas restricciones a la libre transmisibilidad de acciones, deberá la sociedad presentar un adquirente para que entregue el valor razonable determinado por un auditor distinto al auditor de la sociedad, nombrado por los administradores. Si transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida (artículo 63 LSA).

En este caso es evidente que aunque el adquirente de las acciones sea el nudo propietario no está sometido a la cláusula arbitral estatutaria, porque no puede gozar de los derechos ni ser responsable por las obligaciones que la condición de accionista genera, ya que según la normativa vigente no tiene reconocido aún dicho *status* jurídico y por tanto no es parte del convenio arbitral y no estará legitimado para instar el procedimiento arbitral que impone la cláusula estatutaria (artículo 11.1 LA). En este caso el árbitro que conozca del asunto, una vez comprobado que el nudo propietario de las acciones no está legitimado para instar el procedimiento arbitral, deberá hacerlo constar a través de un laudo en el que desestime la pretensión y se declare incompetente por no serlo para conocer del asunto (artículos 22 y 38.2.c) LA; 9 LEC)⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ En las Sociedades de Responsabilidad Limitada, antes de que transcurra un mes desde la recepción por la sociedad del testimonio literal del acta de subasta o del acuerdo de adjudicación de las participaciones sociales embargadas, podrán los socios, o la sociedad, sólo en el caso de que los estatutos establezcan el derecho de adquisición preferente a favor de ésta, subrogarse en lugar del rematante o acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados (artículo 31 LSRL).

⁷⁸⁰ La jurisprudencia entiende como legitimación *ad causam* o legitimación activa, la legitimación propia o directa, la cual “viene determinada por la titularidad de la relación jurídico-material invocada por el demandante en el proceso concreto de que se trate”, la cual constituye un presupuesto preliminar del fondo del asunto o presupuesto de la estimación de la demanda, lo que lleva a que el árbitro o el juez, una vez tramitado el proceso y habiendo comprobado que el actor carece de dicha legitimación activa, ha de abstenerse de conocer la cuestión de fondo propiamente dicha y dictar un laudo o sentencia desestimatoria de la pretensión solicitada. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 908/1993, de 9 de octubre, fundamento de Derecho octavo.

La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido en un caso en el que no se reconocía la condición de socio a pesar de que había habido una transmisión de acciones, ya que la sumisión pactada en los estatutos ni legalmente podía obligar, ni estatutariamente obliga a quien no ha visto reconocida la cualidad de socio. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), nº 35/2002, de 12 de enero dice, en el fundamento de Derecho tercero, que “de esta doctrina se desprende claramente que, si el comprador de las acciones, a quien se le denegó la inscripción en el Libro Registro de las acciones nominativas, no puede ejercitar los derechos que corresponden al accionista, por carecer de esa condición frente a la sociedad, tampoco podrá serle exigido el cumplimiento de las normas estatutarias hasta tanto, superado el obstáculo de la falta de inscripción, bien por posterior reconocimiento de la sociedad o bien por resolución judicial firme, la compra cause la indispensable inscripción, dada la evidente anomalía que implicaría hacer en tal caso una aplicación parcial de las normas estatutarias, las cuales, como Ley interna que rige el contrato social, no cabe que sean extensivas a quien la propia sociedad no reconoce como uno de sus miembros”.

En el Derecho comparado también se han discutido estos supuestos. Por un lado, en el Derecho francés se excluye la posibilidad de arbitrar la controversia que radique sobre la cualidad o no de socio⁷⁸¹.

En cambio, en Derecho italiano cuando la controversia verse sobre la misma condición de socio, parte de la doctrina defendía que era necesario que, de alguna forma, el supuesto socio aceptara la cláusula inserta en los estatutos para poder estar vinculado por ella. El problema radicaba cuando el supuesto socio se negaba a aceptar su condición de tal, ya que si lo que él pretendía era que se le reconociera como socio aceptaría los estatutos y las normas que por ello lo vincularían. Si él no se consideraba socio, se podría entender que existía un problema de oponibilidad de la cláusula arbitral. Pero la nueva normativa italiana que rige el arbitraje societario, hace que sea el mismo ordenamiento (artículo 34.3 D. Leg. 5/2003) quien dirima el problema y le otorga al árbitro la competencia para pronunciarse sobre este conflicto, vinculando por tanto al

⁷⁸¹ ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 62; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 378.

supuesto socio, aunque éste así no se considere, sin que en ningún caso se convierta en un arbitraje obligatorio⁷⁸².

3. La vinculación de los herederos y de los titulares de derechos reales sobre acciones o participaciones a la cláusula arbitral

Los herederos tienen un régimen especial en cuanto a su vinculación por la cláusula arbitral. Al igual que los cesionarios, están vinculados por la cláusula arbitral no porque éstos sean o no socios, sino porque ostentan un interés jurídico legítimo societario que han de hacer valer frente a la sociedad y de acuerdo con sus reglas, aún cuando no adquieran la condición de socios, de acuerdo con el artículo 1257 CC, vinculando a las partes del contrato y no a terceros⁷⁸³.

Se considera que los herederos quedan sometidos a la cláusula arbitral sin necesidad incluso de su aceptación, aún cuando no fuesen socios, ya que entran en la misma posición que el causante en todos aquellos asuntos activos y pasivos que no fueran de carácter personalísimo y se extingan por su muerte (artículos 659 y 661 CC). Tal y como regula la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en el artículo 32.1, “la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio”. Por tanto, no es necesaria una aceptación del causahabiente expresa de la cláusula compromisoria, quedando automáticamente vinculado por ella, por ser el procedimiento que válidamente el causante había aceptado para resolver los conflictos intrasocietarios⁷⁸⁴.

⁷⁸² STESURI, A., *Gli arbitrati societari*, ob.cit., pág. 163; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 6; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, ob.cit., pág. 3; BUONCRISTIANI, D., “Socio o non socio: lodo di rito o di merito?”, en <http://www.judicium.it>, 30 de mayo de 2008, [fecha de consulta 28 enero 2009], págs. 1 y ss.

⁷⁸³ CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 321; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 36; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 32 y ss.

⁷⁸⁴ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 212; ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 896; MIRABELLI, G.; GIACOBBE, D., *Diritto dell’arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale)*, ob.cit., pág. 150; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 83; CARLEO, R., *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, ob.cit., pág. 106; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 16; SCHIZZEROTTO, G., *Dell’arbitrato*, ob.cit., pág. 185 y ss.; SOLDATI, N., “La nuova clausola compromissoria statutaria”, en http://www.judicium.it/news_file/news_glo.html, 08/09/2004, [fecha de consulta 9 mayo 2006], pág. 10; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., págs. 29 y

Existe quien sostiene, en contra de las afirmaciones antes hechas, que con base en la naturaleza propia de la cláusula arbitral ésta no afectará a los herederos de los socios y, por tanto, las diferencias que puedan suscitarse con ellos no podrán resolverse mediante un arbitraje que tenga su causa en la cláusula arbitral estatutaria; ya que consideran que cae fuera del ámbito operativo de aquélla y que sólo vinculará a estos herederos en tanto hayan asumido la condición de socio, es decir, en tanto hayan sucedido al causante en su posición jurídico-social⁷⁸⁵.

Por su parte, los titulares de derechos reales sobre acciones o participaciones sociales, tales como usufructuarios o acreedores pignoratícios, estarán vinculados por la cláusula en la medida en que puedan y pretendan ejercitar los derechos sociales frente a la sociedad⁷⁸⁶.

Otros, en cambio, sostienen que estos titulares de derechos reales sobre las acciones o las participaciones solamente estarían vinculados a la cláusula arbitral en la medida en que los estatutos, además de los derechos económicos que les corresponden, les atribuyan también derechos políticos, como el derecho de voto, de información o de impugnación de acuerdos sociales. En éste último caso sí estarían vinculados a la cláusula arbitral por las normas de autogobierno, pero en la medida en que son “terceros” con respecto a la sociedad y no se subroguen en la posición del socio, no quedarán subsumidos en el ámbito subjetivo de la cláusula arbitral porque la cualidad de socio, con todos sus derechos y obligaciones, reside en el nudo propietario (artículos 67.1 y 72.1 LSA, 36.1 y 37 LSRL)⁷⁸⁷.

ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Transmisión *mortis causa* de participaciones de Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1288 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 34 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 52.

⁷⁸⁵ MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 417.

⁷⁸⁶ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., págs. 36 y ss.

⁷⁸⁷ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 230 y ss.; ECHEBARRÍA SÁENZ, J., “Usufructo de Acciones”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 1296.

4. La posible vinculación de los administradores, los auditores y los liquidadores sociales a la cláusula arbitral estatutaria

Tal y como hemos estudiado, la voluntad de someterse al cauce arbitral es indispensable para la vinculación por una cláusula arbitral⁷⁸⁸.

De esta forma, la eficacia de la cláusula arbitral frente a los administradores, los auditores y los liquidadores es clara cuando expresamente conste su consentimiento, al hacer explícito en la cláusula arbitral esta extensión de la eficacia subjetiva o a través de un consentimiento expreso de cada uno de ellos⁷⁸⁹.

Pero existen otras situaciones que requieren ser interpretadas para poder determinar si los administradores, los liquidadores y los auditores están sometidos al convenio arbitral, especialmente cuando la cláusula arbitral no los menciona expresamente.

Parte de la doctrina que sostenía que la cláusula arbitral no vinculaba a los administradores se basaba en que éstos no habían expresado la voluntad “inequívoca” que se exigía en la antigua Ley de Arbitraje de 1988. Según esta postura fueron ajenos al contrato social y por tanto se consideraban terceros extraños a la sociedad y, por tanto, solamente la cláusula arbitral los vinculaba en aquellos casos en que además de administradores eran socios⁷⁹⁰.

Pero este enfoque fue rechazado por la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19 de febrero de 1998, en su fundamento de Derecho tercero, afirmando que “los administradores, aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica con la sociedad”. Esto hizo que la doctrina aceptara que los administradores “están asimismo consintiendo inequívocamente en someterse a los estatutos y, en consecuencia, también

⁷⁸⁸ Ver páginas 245 y siguientes.

⁷⁸⁹ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 215; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 430.

⁷⁹⁰ MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 421; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 444.

al convenio arbitral. Efectivamente, las leyes societarias prevén que el nombramiento de los administradores surte efecto desde el momento de su aceptación (arts. 125 LSA, 58.4 LSRL, y 141.1 RRM) y que deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos (art. 127 bis LSA)”⁷⁹¹.

Actualmente, la mayoría de la doctrina afirma que los administradores al aceptar el cargo que desempeñarán perfeccionan un contrato entre ellos y la sociedad. Es a partir de ese momento en que ese nuevo vínculo le impondrá no sólo el cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también de todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes con la buena fe, los usos y la Ley. Específicamente, será obligatoria la cláusula arbitral para los administradores, aunque esta no regule expresamente las controversias con ellos, en sus relaciones mercantiles con la sociedad (no laborales, a menos que se haga mención en su contrato de trabajo), ya que “han de ser los primeros custodios de los estatutos y, en consecuencia, conocedores de la cláusula arbitral que, como órgano social, deben asumir, acatándola y haciéndola acatar”⁷⁹².

Como ejemplo del Derecho comparado que estudiamos, en Estados Unidos la doctrina contemporánea defiende esta postura, y afirma que la cláusula arbitral sí es oponible a los administradores de la sociedad, en cuanto son miembros de ella y a través

⁷⁹¹ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 216; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 237; HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, ob.cit., pág. 558; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 136.

⁷⁹² GIMÉNEZ DUART, T., “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”, ob.cit., pág. 20; en el mismo sentido POLO, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la Cláusula Compromisoria en las Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 76; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de sociedades”, ob.cit., pág. 2048; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 18; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 36; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 457; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., págs. 445 y ss.; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 215 y ss.; que afirma además que este razonamiento se aplica de forma similar para el caso de los auditores y los liquidadores. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., págs. 50 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 250; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

de este proceso, a su vez, se favorece la privacidad que se necesita para este tipo de asuntos⁷⁹³.

En cuanto a los auditores y a los liquidadores de la sociedad, la cuestión es diversa. Ellos no son parte de la sociedad, sino que su función es, para el caso de los auditores de cuentas, revisar las cuentas anuales y el informe de gestión (artículo 203 LSA); y para los liquidadores, realizar todo lo pertinente para la liquidación de la sociedad (artículos 266 y siguientes LSA).

Existen dudas en cuanto a la vinculación por la cláusula arbitral de los auditores, debido a que en ellos no suele coincidir la condición de socio, además porque se duda de si son o no órganos de la sociedad y porque los modelos de cláusulas de arbitraje societario que existen, si bien mencionan normalmente a los administradores, generalmente no se refieren ni a los auditores ni tampoco a los liquidadores.

Una postura favorable a la vinculación de los liquidadores por la cláusula arbitral sostiene que podríamos aplicarles un razonamiento similar al de los administradores, apoyándose en el artículo 114 LSRL. De esta forma, consideran que los liquidadores también deben aceptar su encargo, siendo en muchos casos los mismos administradores quienes pasan a liquidar la sociedad (artículo 110.1 LSRL); por lo que si existe una cláusula de arbitraje se considerarán subsumidos a ella, porque son ellos el órgano de gestión y de representación de la sociedad durante el periodo de liquidación. Por otra parte, también el procedimiento para exigirles responsabilidad podrá ser llevado a cabo mediante un proceso arbitral, al igual que en el caso de los administradores (artículo 279 LSA)⁷⁹⁴.

En el caso de los auditores, considera la doctrina que ellos también deben aceptar el encargo, de acuerdo con los artículos 205 LSA y 141, 154 y 192 RRM, por lo que “ha de presumirse que se someten también al contenido estatutario, y, en segundo lugar, porque la acción de responsabilidad se rige por lo dispuesto para los

⁷⁹³ HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, ob.cit., pág. 558.

⁷⁹⁴ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 217 y ss.; MUÑOZ PÉREZ, A., “Liquidador de Sociedad Anónima”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 768; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., págs. 50 y ss.

administradores de la sociedad (art. 211 LSA), por lo que, al menos, podrá mantenerse que existiendo un convenio arbitral que expresamente se refiera a los administradores, podrá entenderse también incluido en él a los auditores”⁷⁹⁵.

Pero otras posturas doctrinales manifiestan su desacuerdo, ya que consideran que los auditores no podrán verse vinculados por la cláusula arbitral, porque ellos no están sometidos a los estatutos sociales, ya que ellos están unidos a la sociedad por medio de una relación laboral⁷⁹⁶.

En cuanto a este tema, el Derecho comparado puede ser una herramienta que nos ayude a despejar estos interrogantes.

Un sector de la doctrina francesa defiende que si los mandatarios sociales o los comisarios de cuentas no son socios, no pueden someter sus diferencias a arbitraje ni verse vinculados por una cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales⁷⁹⁷, ya que los consideran terceros con relación al pacto social. Pero la jurisprudencia y otra parte de la doctrina francesa, defienden que sí pueden estar vinculados, pero que esta vinculación no es automática, sino que por el principio de la búsqueda de la voluntad de las partes, es necesario que esta extensión se encuentre en la misma cláusula⁷⁹⁸. Además, al aceptar su encargo, tanto los administradores como los liquidadores o los comisarios de cuentas, están adhiriéndose a los estatutos sociales y, por tanto, están dando su consentimiento a la cláusula arbitral que ahí se encuentra⁷⁹⁹.

Pero es en Italia en donde esta situación encuentra una mejor clarificación con la nueva regulación societaria. De acuerdo a ésta, la cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales vincula a la sociedad y a los socios; y vinculará a los administradores,

⁷⁹⁵ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 217; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 136.

⁷⁹⁶ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 44; AMESTI MENDIZÁBAL, C., “Auditor Externo”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 245; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

⁷⁹⁷ BOISSESON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, ob.cit., pág. 45; ROBERT, J., *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, 6º ed., ob.cit., pág. 56.

⁷⁹⁸ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 64.

⁷⁹⁹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 379.

a los *sindaci* y a los liquidadores por ser parte del grupo social organizado cuando la cláusula arbitral se refiera de forma expresa a ellos (artículo 34, apartados 3 y 4, D. Leg. 5/2003)⁸⁰⁰.

Los apartados 3 y 4 del artículo 34 del Decreto Legislativo 5/2003 regulan el objeto y la eficacia de la cláusula compromisoria estatutaria, y dicen así:

3. La cláusula es vinculante para la sociedad y para todos los socios, incluso aquellos cuya cualidad de socio es el objeto de la controversia.

4. Las escrituras de constitución pueden prever que la cláusula tenga por objeto las controversias promovidas por o entre los administradores, los liquidadores y los sindaci y, en tal caso, la cláusula será vinculante para ellos desde la aceptación de su encargo.

Allí, la cláusula arbitral estatutaria puede prever que se resuelvan mediante arbitraje los conflictos promovidos por o entre los administradores, los liquidadores y los *sindaci*, una vez que éstos han aceptado su cargo⁸⁰¹. Con esto no se viola el principio de tutela estatal (artículo 24 *Costituzione della Repubblica Italiana*) mediante el cual el

⁸⁰⁰ ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 10; MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, ob.cit., pág. 7; MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, ob.cit., págs. 80 y ss.; BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, ob.cit., pág. 15; AA.VV., “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/351/175783/FILENAME/orientamenti_CAM_societario.pdf, Camera Arbitrale di Milano, [fecha de consulta 29 marzo 2003], pág. 6; BOGGIO, L., « Quale disciplina per l’arbitrato irrituale statuario ? », ob.cit., pág. 71.

⁸⁰¹ CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2. Aunque la Ley habla en este caso de los administradores, de los liquidadores y de los *sindaci*, mediante analogía se extiende su oponibilidad a los miembros del consejo de gestión y del consejo de vigilancia, a los directores generales, a los revisores y a la sociedad de revisión del nuevo sistema dualista; así como a los miembros del comité para el control de la gestión del sistema monista. DANOVI, F., “L’arbitrato nella riforma del diritto processuale societario”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 22 de junio de 2004, [fecha de consulta 29 junio 2006], pág. 10; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 6; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, ob.cit., pág. 7; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 6; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., págs. 22 y ss.; NOVIELLO, D., “I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari”, en *Rivista dell’arbitrato*, I/2005, pág. 56.

Estado garantiza a cada individuo el amparo jurisdiccional de sus derechos, ya que existe la posibilidad de escoger la vía a través de la cual quiere que se le protejan⁸⁰².

Por tanto, siguiendo los modelos extranjeros de nuestro entorno, además de las posturas doctrinales nacionales, considero que la vinculación a la cláusula arbitral de los administradores sociales es propia de su encargo; pero en aras de la seguridad jurídica y de la previsibilidad propia de nuestro Derecho, la vinculación de los auditores y de los liquidadores no será automática, sino que se requiere de una previsión expresa en la cláusula arbitral estatutaria, independientemente de si en ellos confluye la condición o no de socio, la cual los vinculará a partir de la aceptación de su nombramiento; por lo que si no están de acuerdo en aceptar someter sus controversias a un proceso arbitral tendrán la opción de no aceptar su designación⁸⁰³.

5. La relatividad contractual y la oponibilidad de la cláusula arbitral estatutaria: la imposibilidad de vincular a los terceros

El principio de Derecho romano *res inter alias acta aliis nec nocere nec prodesse potest*, o de relatividad de los contratos (artículos 6.2 y 1257 CC), tiene una especial aplicación en nuestro tema en estudio⁸⁰⁴.

Uno de los principales argumentos de la doctrina que se niega a aceptar el arbitraje como un medio válido y eficaz para resolver los conflictos intrasocietarios consiste principalmente en la posible afectación a terceros que una cláusula arbitral estatutaria pueda tener. En este punto es uniforme la doctrina al afirmar que un tercero no está vinculado por la cláusula arbitral estatutaria, ya que éste no es parte del contrato social, por lo que el laudo nunca se impondrá a quienes no han litigado, al igual que

⁸⁰² BOVE, M., “L’arbitrato nelle controversie societarie”, ob.cit., pág. 7.

⁸⁰³ STESURI, A., *Gli arbitrati societari*, ob.cit., pág. 163 y ss.; BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, ob.cit., pág. 18; ARIETA, G., “Arbitrato in materia societaria: procedimento”, ob.cit., pág. 15; CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 5; ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 382; LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 9; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 6; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 251; JUSTE MENCIA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

⁸⁰⁴ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., págs. 30 y ss.; LÜKE, W., BLENKE, H., „Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten – Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung-“, ob.cit., pág. 273.

tampoco se impone una sentencia o un contrato entre quienes no son parte de los mismos⁸⁰⁵.

Una cláusula arbitral es vinculante para determinadas partes contractuales en aquellos casos en que ha sido pactada expresamente la resolución de sus conflictos por este medio (artículo 9 LA).

En general, aunque el laudo produzca, en ciertas ocasiones, efectos frente a terceros, esto no quiere decir que los terceros estén sometidos a la cláusula arbitral, ni que la materia que afecta los intereses de éstos sea comprometible⁸⁰⁶. Así, los terceros no podrán verse vinculados por la cláusula arbitral estatutaria porque no son parte del convenio arbitral y por tanto deberán acudir a la jurisdicción como medio para su tutela judicial efectiva⁸⁰⁷.

Hay que hacer aquí una distinción fundamental entre la eficacia directa de los contratos y la eficacia indirecta. La primera consiste en que la observancia del contrato y la incidencia del mismo sobre las relaciones jurídicas que existen es entre las partes que lo constituyen; mientras que la segunda es aquella que incide en quienes no han sido parte de su celebración, por el simple hecho de la existencia del contrato. La

⁸⁰⁵ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 75; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 25; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 430; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l’arbitrage*, ob.cit., pág. 391; ROBERT, J., *L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., págs. 101 y ss.; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 262; GOUTAL, J., « L’arbitrage et les tiers : le droit des contrats. Rapport général », en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, Paris, 1988, págs. 441 y ss.; REIFEGERSTE, S., « Arbitrage. Application au président du conseil d’administration d’une société membre d’un groupement coopératif de la clause compromissoire stipulée dans le règlement intérieur du groupement », ob.cit., pág. 19; DUBARRY, J., LOQUIN, E. “Tribunaux de commerce et arbitrage : Com. 9 avr. 2002, Toulousy c/SNC Philam, inédit”, ob.cit., pág. 63; GALLEGO SANCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 55.

⁸⁰⁶ POLO, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la Cláusula Compromisoria en las Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 78. En el mismo sentido se refieren CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 30; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de Sociedades”, ob.cit., pág. 2047; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 70; OLIVENCIA RUIZ, M., “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje”, ob.cit., pág. 47.

⁸⁰⁷ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 237; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 127.

primera podría encuadrarse dentro la eficacia contractual, y con el fin de distinguirlas mejor, se podría hablar de la segunda como oponibilidad⁸⁰⁸.

La oponibilidad es consecuencia del contrato como un hecho social. “El principio jurídico de la relatividad contractual, se refiere solamente a la primera especie de los efectos, porque el derecho y la obligación dimanantes de un contrato aprovechan y perjudican sólo a los contratantes: no aprovechan, por regla general, ni causan daños a terceros. *Res inter alios acta alliis nec prodest nec nocet*. Pero no se puede decir lo mismo de la otra especie de efectos. La prestación, que representa el objeto del contrato, una vez ejecutada, se convierte en un hecho como todos los demás, el cual puede resultar accidentalmente útil y dañoso a miles de personas, sin que por esto ninguna de ellas ponga en duda el derecho al goce de la ventaja obtenida o hubiera adquirido, si la prestación es lícita, la facultad de quejarse del daño y pretender su resarcimiento. El contrato, si se considera como fuente de obligaciones, no extiende su eficacia ni en pro ni en contra de terceros; pero en cuanto constituye un hecho jurídico producirá en la mayor parte de los casos ciertas consecuencias que podrán perjudicar o aprovechar también a aquéllos que no tomaron parte en el convenio”⁸⁰⁹. Esto es lo que se conoce como eficacia refleja.

Hay una eficacia refleja cuando un contrato repercute en la órbita ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas. Ésta se caracteriza por la involuntariedad, ya que ésta no es parte de la finalidad del negocio⁸¹⁰.

Dentro de la eficacia refleja es importante aclarar dos criterios. Se trata de la utilizabilidad y de la oponibilidad.

La primera consiste en que el tercero perjudicado por el incumplimiento contractual podrá invocar el contrato ajeno contra el contratante incumplidor a fin de verse resarcido del perjuicio y deberá, además, fundamentarse en ese contrato ajeno si

⁸⁰⁸ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., págs. 151 y ss.

⁸⁰⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., pág. 155.

⁸¹⁰ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 25; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., pág. 157.

quiere hacer valer su derecho. El tercero al utilizar el contrato ajeno no está ejercitando una obligación contractual ni entra en el ámbito contractual, sino que reclama la reparación con base a un incumplimiento contractual, el cual es un hecho que existe frente a todos. Esta “utilizabilidad” se mueve por tanto, en el ámbito de la eficacia indirecta⁸¹¹.

En cambio, para que haya oponibilidad, y se pueda hacer valer una relación contractual a un tercero que no participó en su creación, se deberá probar su autenticidad y que se cumpla con los requisitos de publicidad requerida⁸¹².

Por ejemplo, si de forma preventiva se optase por resolver los conflictos intrasocietarios por medio de arbitraje, sería necesario darle la publicidad precisa a la cláusula arbitral, entendiéndose publicidad registral, con el fin de que los que estén interesados en relacionarse con la sociedad sepan o puedan saber que la sociedad en cuestión cuenta con una cláusula de este tipo para la resolución de sus conflictos. Pero esto no quiere decir que la cláusula los vincule, aunque sepan que existe, a menos que manifiesten expresamente que quieren someterse a ella. En este caso se estaría aplicando al tercero los mismos requisitos de aceptación voluntaria de la cláusula arbitral que los que se exigen a las partes originarias⁸¹³.

Para la oponibilidad de los contratos es indispensable el conocimiento que tenga el tercero del contrato ajeno. La publicidad tiene como finalidad facilitar la toma de conocimiento del negocio jurídico por todos los que estén interesados. Por eso, si el tercero conoce el acto o contrato por cualquier medio le será oponible⁸¹⁴.

⁸¹¹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., págs. 165 y ss.

⁸¹² CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 25.

⁸¹³ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 969; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 222; VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 325.

⁸¹⁴ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 76; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., pág. 168; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 141.

La protección del tercero se basa en el desconocimiento. La Ley protege únicamente al tercero desconocedor de esa realidad, y por tanto se considera de buena fe; teniendo por tercero de mala fe a aquél que sí conozca dicha realidad⁸¹⁵.

Por tanto, la eficacia es el efecto entre las partes contratantes, de carácter obligatorio y vinculante; y la oponibilidad será respecto de los terceros, porque sólo a los primeros se refiere la relatividad del contrato, ya que estos últimos se ven afectados únicamente de forma indirecta⁸¹⁶. Cuando un contrato se opone a un tercero no se pretende vincularle, sino que respete los efectos ya producidos entre las partes contractuales⁸¹⁷.

Por ejemplo, el efecto sustantivo que tendrá la declaración de un acuerdo social como nulo o anulable será simplemente la solución que la decisión da al litigio. De esta forma, su oponibilidad a terceros significa que ellos pueden valerse de esta decisión y que las partes del mismo también pueden hacerla valer frente a los terceros. Al igual que en un contrato privado, es la situación jurídica creada o constatada la realidad oponible. Estas situaciones son realidades jurídicas, por lo que nadie puede, en la esfera jurídica, desconocer su existencia, salvo que así lo regule la Ley, como sería el caso de la acción pauliana o rescisoria (artículos 1111 y 1295 CC)⁸¹⁸.

Es interesante recalcar aquí la solución aportada por la legislación italiana para resolver los conflictos de eficacia subjetiva frente a terceros. Ya sabemos que la cláusula arbitral es vinculante únicamente para sus partes y no frente a terceros; pero es posible que éstos hayan querido aceptarla adhiriéndose a ella. Esto es permitido por el artículo 35.2 D. Leg. 5/2003 que ha previsto la posibilidad de la intervención voluntaria

⁸¹⁵ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., pág. 168.

⁸¹⁶ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 76; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., pág. 189.

⁸¹⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., págs. 190 y 202; MAYER, P., « Note. Cour de Cassation (Ch. com.) 23 janvier 2007, Prodim et autre c/ société Distribution Casino France », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, n° 4/2007, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, págs. 769 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 76.

⁸¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2005, fundamento de Derecho segundo. En este sentido también la jurisprudencia francesa, MAYER, P., « Note. Cour de Cassation (Ch. com.) 23 janvier 2007, Prodim et autre c/ société Distribution Casino France », ob.cit., págs. 772 y ss.

de terceros y forzada de los otros socios, mientras que ésta sea hasta antes de la primera audiencia, de acuerdo con los artículos 105 y siguientes de su Código Procesal Civil⁸¹⁹.

Se permite a los terceros intervenir precisamente para evitar que el proceso arbitral los afecte sin que tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y con el fin de respetar así el principio de contradictorio⁸²⁰.

El apartado segundo del artículo 35 del Decreto Legislativo 5/2003, que regula la disciplina inderogable del procedimiento arbitral, dice expresamente:

2. En el procedimiento arbitral promovido como consecuencia de la cláusula compromisoria de acuerdo al artículo 34, la intervención de terceros de acuerdo al artículo 105 del Código Procesal Civil es admitida hasta la primera audiencia de tratamiento, así como la intervención de otros socios de acuerdo a los artículos 106 y 107 del mismo Código. Se aplica el artículo 820, segundo apartado, del Código Procesal Civil.

Así, si estamos frente a un conflicto latente, siguiendo el modelo italiano, considero que en caso de que posibles terceros puedan verse afectados por un arbitraje, lo lógico sería notificarles del proceso arbitral que se está llevando a cabo o se pretende realizar, para que hagan valer sus derechos ante el árbitro o el juez y sea éste quien decida sobre la competencia para resolver el litigio, evitando dos resoluciones que podrían ser incluso contradictorias. Esto, evidentemente, en la medida en la que los

⁸¹⁹ RICCI, G., “Articolo 816: Svolgimento del procedimento”, en *Arbitrato: Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di Procedura Civile artt. 806-840*, dir. F. Carpi, Zanichelli Editore, Bologna, 2005, pág. 312; BIANCHI, G., *L’arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 19 y ss, 186 y ss; MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, ob.cit., págs. 79 y 81.

Artículo 105 Código Procesal Civil italiano: *(Intervención voluntaria). Cualquiera puede intervenir en un proceso entre otras partes para hacer valer, respecto de todas las partes o de algunas de ellas, un Derecho relativo al objeto o dependiente del título deducido del mismo proceso. Puede además intervenir para sostener la postura de alguna de las partes, cuando tenga un interés propio.*

Artículo 106 Código Procesal Civil italiano: *(Intervención a instancia de parte). Cualquier parte puede llamar al proceso a un tercero que tenga en común la causa o del cual pretende ser garantizado.*

Artículo 107 Código Procesal Civil italiano: *(Intervención por orden del juez). El juez, cuando considere oportuno que el proceso se desarrolle respecto a un tercero que tenga la misma causa, puede ordenar su intervención.*

⁸²⁰ CORSINI, F., “La nullità della clausola compromissoria statutaria e l’esclusività del nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 822/I; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 8; TARZIA, G., “L’intervento di terzi nell’arbitrato societario”, ob.cit., págs. 349 y ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Collegamento negoziale e arbitrato”, ob.cit., pág. 19.

terceros puedan ser identificados, teniendo en cuenta siempre la buena fe y la prohibición de abuso del Derecho (artículos 6 y 7 CC)⁸²¹.

También se ha considerado que hacer uso de las medidas cautelares, y específicamente de la suspensión del acuerdo (posibilidad con la que también cuentan los árbitros, artículo 23 LA), una vez iniciado el procedimiento, puede ser un mecanismo viable para evitar un doble procedimiento: el planteado por un socio en sede arbitral y el judicial entablado por un tercero⁸²².

Por la primera de estas opciones también apuesta el Grupo de Trabajo de la UNCITRAL al proponer que, en favor de la eficacia del arbitraje, sea posible la intervención de un tercero, especialmente en los casos de interés público, siempre que se cuente con el consentimiento de las partes del contrato y del tercero⁸²³.

Esta también es la vía escogida por la Corte de Arbitraje de la Cámara oficial de Comercio e Industria de Madrid en el artículo 9 del Reglamento de Arbitraje que entró en vigor el 1 de enero de 2009, cuando permite a los árbitros, a petición de cualquiera

⁸²¹ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 238 y ss.; en este sentido también en Derecho español RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ob.cit., pág. 248; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 26. En este sentido se encuentra también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 908/1993, de 9 de octubre, fundamento de Derecho undécimo, cuando se refiere a las características de la intervención adhesiva de terceros en un proceso ya pendiente, afirmando que deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: “dando por supuesto que la intervención procesal, en su modalidad de intervención voluntaria adhesiva (no la principal, que aquí no interesa), se caracteriza por la entrada o incorporación de un tercero a un proceso ya pendiente entre dos litigantes (demandante y demandado originarios) para sostener y apoyar con alegaciones y pedimentos las pretensiones de alguna de las partes (actor o demandado originarios), la llamada intervención litisconsorcial (modalidad de la adhesiva, junto a la simple o coadyuvancia) viene determinada y justificada, esencial y fundamentalmente, por la circunstancia de que la sentencia única que, en cuanto al fondo del asunto propiamente dicho, recaiga en el proceso seguido entre las partes originarias, haya de producir efectos directos (no reflejos) contra el tercero interviniente, con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada. Ello presupone necesaria e inexcusablemente (refiriéndonos a la intervención del lado activo o del demandante, que es el que aquí nos ocupa) lo siguiente: a) que, teniendo el demandante originario legitimación activa (...), pueda entrarse a conocer del fondo propiamente dicho del asunto; b) en íntima relación con ello, que la sentencia que se dicte, en cuanto al fondo propiamente dicho, habrá de contener un pronunciamiento único (estimatorio o desestimatorio), el cual, además de referirse obviamente al demandante originario, habrá de afectar directamente también (no de modo reflejo) al interviniente litisconsorcial”.

⁸²² SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 430.

⁸²³ Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, note by the Secretariat, A/CN.9/WP.143, UNCITRAL, Viena, 20 Julio 2006, págs. 71-72; PERALES VISCASILLAS, P., “El futuro Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: un modelo para el arbitraje comercial internacional”, en *IV Jornada sobre el Arbitraje Mercantil*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Toledo, 21 de octubre de 2009.

de las partes y tras haber sido oídas todas ellas, admitir la intervención de uno o más terceros como partes en el procedimiento arbitral.

Por otro lado, en caso de que se inicien dos procesos paralelos, es decir, uno ante la jurisdicción ordinaria y otro ante un árbitro, lo más conveniente es optar por que prevalezca la vía judicial, ya que a esa estarán sometidos todos (tanto los socios como los terceros), mientras que al cauce arbitral solamente estarán vinculados los primeros⁸²⁴.

Hay quien defiende que “en el estado actual de la cuestión lo más conveniente es optar por hacer prevalecer la primera resolución dictada en el tiempo, ya que si el Derecho ha sido declarado irrevocablemente en ella no puede ser alterado por una resolución posterior. Téngase en cuenta que el principio de inmodificabilidad de las sentencias (y por extensión de los laudos) integra el contenido de la tutela judicial efectiva. Lo anterior, salvo que no se aprecie identidad subjetiva entre el procedimiento judicial y arbitral, en cuyo caso no se extenderían los efectos de la cosa juzgada”⁸²⁵.

En contra de lo anterior, cuando existieran dos procedimientos paralelos, uno establecido por una de las partes ante un árbitro y otro por un tercero con el mismo objeto pero ante un juez, se alega que la acumulación de autos judicial es inviable por la falta de homogeneidad de los procedimientos judicial y arbitral (artículo 77 LEC). Tampoco podrá pedirse ni al juez ni al árbitro que se declaren incompetentes a favor del otro, ya que el primero será el único competente con respecto a terceros ya que éstos últimos no están vinculados por la cláusula arbitral; mientras que el segundo está facultado para decidir sobre su propia competencia (artículo 22 LA) y si se ha instado paralelamente un procedimiento por una de las partes ante él tiene la obligación de

⁸²⁴ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 422; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 252; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit. Aunque este catedrático llamó la atención de que, a través de un análisis de la realidad, la impugnación de un acuerdo social por un tercero es un caso muy raro y aislado; Auto de 18 de marzo de 1999, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª), fundamento de Derecho 3º.

⁸²⁵ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 240.

cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hiciera, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo (artículo 21.1 LA)⁸²⁶.

Si ya ha habido un procedimiento de impugnación de un acuerdo social nulo entre la sociedad y los socios ante un árbitro, los terceros no por ello pierden la legitimación para impugnar el mismo acuerdo nulo ante un juez, ya que los primeros no pueden alegar la excepción de cosa juzgada (artículo 222 LEC) al no haber identidad de partes, por lo que no podrá vincular al tribunal de este proceso posterior (artículo 222.4 LEC)⁸²⁷.

Por tanto, el árbitro es juez solamente para las partes y no cuenta con ningún tipo de poder frente a terceros con respecto al proceso. Su misión tendrá un efecto relativo a las partes únicamente, las cuales libremente han optado por esta vía como alternativa a la jurisdiccional; pero el laudo, en cuanto a su existencia, será oponible a todos⁸²⁸.

Así, aunque se afecten derechos de terceros por la declaratoria de un acuerdo nulo por un árbitro, esto no es un argumento capaz de excluir el arbitraje. Éstos cuentan con los recursos que les otorga el ordenamiento para que en caso de violación del orden público, por ejemplo, soliciten la nulidad del acuerdo ante un juez o, si ya ha habido un proceso arbitral, la anulación del laudo (artículo 41.1.f LA), y se pueda constatar así su adecuación o falta de ella al Derecho⁸²⁹.

⁸²⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 56.

⁸²⁷ Se ha dicho que este problema de dos procedimientos paralelos ante sedes diferentes no tiene por qué ser un argumento en contra del arbitraje, “puesto que, bien analizada la cuestión, ese mismo defecto se aprecia en sede judicial. En efecto, nada hay que impida que un tercero inste un nuevo procedimiento judicial una vez firme la sentencia decisoria de la impugnación del acuerdo puesto que, según se ha expuesto, el tercero no litigante no está afectado ni por el efecto negativo de la cosa juzgada, ni por el positivo, por disposición del art. 222 LECiv que restringe esa eficacia a los socios”. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 58; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 155.

⁸²⁸ ROBERT, J., *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, ob.cit., pág. 103; OPPETIT, B., « Présentation générale », ob.cit., pág. 437; JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, ob.cit., pág. 105; GOUTAL, J., « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats. Rapport général », ob.cit., pág. 442; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 127 y ss.; MAYER, P., « Note. Cour de Cassation (Ch. com.) 23 janvier 2007, Prodim et autre c/ société Distribution Casino France », ob.cit., pág. 774.

⁸²⁹ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., págs. 167 y ss.; TARZIA, G., “L'intervento di terzi nell'arbitrato societario”, ob.cit., pág. 350; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 57.

En caso de que tras un laudo se afectaran derechos de terceros con buena fe, considero que la sociedad se deberá hacer responsable. Al igual que cualquier persona (física o jurídica) por los principios generales de la responsabilidad extracontractual, la sociedad estará obligada para con el tercero a indemnizar o hacer lo que sea conveniente con el fin de remediar los daños sufridos por éste tras el laudo arbitral (artículos 1089 y 1887 Código Civil).

Pasaremos ahora a analizar brevemente el caso concreto de los obligacionistas y de las sociedades pertenecientes a un grupo, como ejemplos de terceros que pueden verse afectados por una cláusula arbitral estatutaria.

Tal y como adelantábamos, existen situaciones específicas en que será necesario analizar cada caso en concreto para poder determinar si se considerarán determinados sujetos terceros o no respecto a la relación jurídica y por tanto si estarán o no vinculados por la cláusula arbitral.

En primer lugar, los obligacionistas son terceros acreedores de la sociedad, que en principio no se verán vinculados por la cláusula arbitral. A pesar de lo anterior, hay quien afirma que aquellos que tienen obligaciones convertibles en acciones, al tener, por ejemplo, derecho de suscripción preferente o de impugnación de acuerdos sociales, aunque son terceros, son potencialmente socios y, por lo tanto, sí estarán vinculados por el convenio arbitral (artículos 292 y siguientes LSA)⁸³⁰.

En segundo lugar, cuando nos encontremos frente a un grupo de sociedades será necesario analizar ese caso en concreto para poder determinar si la cláusula arbitral inserta en los estatutos de una sociedad del grupo (filial o matriz) vinculará a las otras sociedades pertenecientes al grupo, o si se trata de un tercero ajeno a este tipo de acuerdo, ya sea en sus relaciones internas o en sus relaciones con terceros.

Es necesario aclarar que este es un tema muy complejo por lo que únicamente se mencionará por su relevancia para el presente estudio, pero a través de comentarios muy superficiales.

⁸³⁰ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., págs. 39 y ss.

El grupo de sociedades puede entenderse como un conjunto de sociedades jurídicamente independientes pero sometidas a una unidad de decisión económica (artículos 42 CCom y 4 Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, en adelante LMV). Esta falta de autonomía económica se debe a que todas las sociedades pertenecientes al grupo tienen una administración o gestión única de acuerdo a una estrategia o interés común a todos los miembros del conjunto, que obedece a motivaciones e impulsos externos a cada sociedad⁸³¹.

Desde el punto de vista jurídico puede considerarse que no puede oponerse la cláusula arbitral a aquella sociedad que no la haya firmado, pero desde un punto de vista económico la vincularía automáticamente, por la unidad de dirección y de actuación real que tienen⁸³².

En primer lugar, el razonamiento jurídico nos lleva a destacar que cada sociedad cuenta con su propia personalidad jurídica, autonomía patrimonial y limitación de la responsabilidad como regla general. Además, por la naturaleza contractual de la cláusula arbitral, su extensión a otra sociedad únicamente será posible cuando la voluntad de las partes de someterse a arbitraje resulte suficientemente probada, ya que, en principio, sólo podrá quedar vinculada una sociedad que ha otorgado personalmente su consentimiento⁸³³.

⁸³¹ AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, dir. S. Álvarez González, De Conflictu Legem, Estudios de Derecho Internacional Privado, nº 3, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001, pág. 51; CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 403; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 245; CREMADES, B., "Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)", ob.cit., pág. 281; BRISMEAD, S., "Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?", en <http://www.ssrn.com>, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008], pág. 5; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, ob.cit., pág. 293; FUENTES NAHARRO, M., "Grupos de Sociedades", en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 674; CREMADES, B., "El arbitraje societario", ob.cit., pág. 24. En la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles se define el Grupo de Sociedades en el artículo 590 y dice: 1. Existe un grupo de sociedades cuando una sociedad está sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resultan sometidas al poder de dirección de una misma persona natural o jurídica o de varias personas que actúan sistemáticamente en concierto. 2. Se entiende por sociedad dominante la que ostente poder de decisión sobre una o varias sociedades, que se calificarán como dominadas. Las normas contenidas en este Código relativa a la sociedad dominante se aplicarán a cualquier persona natural o jurídica que tenga poder de decisión sobre varias sociedades dominadas. 3. El grupo de sociedades carece de personalidad jurídica.

⁸³² AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, ob.cit., pág. 60.

⁸³³ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 418 y ss.; AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje*

Pero en cuanto a los grupos de sociedades y su particular forma de actuar en el comercio, esta manifestación concreta que se exige para probar la voluntad de la sociedad no firmante de quedar vinculada por el contrato arbitral puede manifestarse a través de diversas formas, como sería, por ejemplo, la participación activa de la matriz en la vida de la filial, o cuando la otra sociedad (filial o matriz) ha participado en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, haciendo pensar a la contraparte que ésta también es parte contractual, o que en caso de surgir alguna controversia ésta sociedad no suscriptora, por el hecho de su participación en cualquiera de los momentos antes enunciados, iba a quedar sujeta a la misma⁸³⁴. Pero la interpretación de la voluntad de la sociedad, o de su conducta durante la negociación puede resultar peligrosa y puede crear mucha inseguridad jurídica⁸³⁵.

Será necesario, por tanto, hacer un análisis de caso por caso de la voluntad de las partes para poder determinar si se puede o no realizar la extensión de la cláusula arbitral, en aras de la seguridad jurídica. Pero, en cualquier caso, con el fin de no desvirtuar la institución arbitral, la extensión de los efectos de una cláusula arbitral a un sujeto que no ha sido parte, como sería una sociedad del grupo, debe ser la excepción, debiendo justificarse suficientemente⁸³⁶.

A pesar del razonamiento anterior, por regla general se aplicará el principio de relatividad de los contratos en sus relaciones con terceros, sin poder implicar a sociedades del grupo no firmantes (arbitraje externo); y en el caso de alegar la cláusula compromisoria en conflictos entre miembros del grupo (arbitraje interno), lo mejor sería

comercial internacional, ob.cit., pág. 93; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 35.

⁸³⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Collegamento negoziale e arbitrato”, ob.cit., pág. 15; CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 281; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)”, ob.cit., pág. 392; ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, ob.cit.; BRISMEAD, S., “Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?”, ob.cit., pág. 5; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 50.

⁸³⁵ AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, ob.cit., pág. 215; COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 281 y ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Collegamento negoziale e arbitrato”, ob.cit., pág. 15; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 25.

⁸³⁶ CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, ob.cit., pág. 456; BRISMEAD, S., “Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?”, ob.cit., pág. 7; AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, ob.cit., pág. 2002-203.

que ésta se encuentre en un reglamento interno al que se han adherido las demás sociedades pertenecientes al grupo, para así verse efectivamente vinculadas a ella⁸³⁷.

Por tanto, la cláusula arbitral estatutaria no es un instrumento jurídico capaz de vincular a terceros ajenos a los estatutos de una sociedad, aunque, como se decía, los efectos derivados de un proceso arbitral que tengan su causa en dicha cláusula puedan afectar a terceros que no hayan participado en él, como efecto natural, aunque no deseado.

⁸³⁷ COHEN, D., *Arbitrage et société*, ob.cit., págs. 273 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO: Admisibilidad y puesta en práctica del arbitraje en la impugnación de los acuerdos de la junta general en las sociedades de capital

I. Preámbulo

La impugnación de acuerdos sociales es un procedimiento que se podría calificar casi de “rutinario” en la vida de las sociedades mercantiles. A su vez, el arbitraje mercantil cuenta con una gran tradición histórica, especialmente en el Derecho societario, por lo que en esta área del Derecho presenta muchas ventajas con respecto al procedimiento judicial, especialmente por la necesidad de discreción y el no rompimiento del clima de confianza y de armonía que constituyen el alma de las sociedades⁸³⁸.

El proceso arbitral que tenga su causa en una cláusula estatutaria se encargará de valorar la validez de los acuerdos sociales, sin renunciar por ello a ningún derecho de los socios, disponiendo únicamente de la vía por medio de la cual se pretende alcanzar el mismo fin que a través de un proceso jurisdiccional. En este sentido es evidente que los socios cuentan con el poder de disposición de la materia (salvo en los acuerdos que sean contrarios al orden público), es decir, pueden disponer del derecho subjetivo en cuestión una vez tomado el acuerdo, ya que pueden decidir si lo impugnan, lo ratifican, lo dejan sin efecto, lo sustituyen por otro o simplemente dejan transcurrir los breves plazos de caducidad⁸³⁹.

Con estos presupuestos analizaremos, en concreto, la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales. Para esto será necesario traer a colación los razonamientos que ya se han expuesto a lo largo de esta Tesis, con el fin de elaborar de forma conjunta una serie de pautas o enunciados que ayuden a determinar si estamos en presencia de acuerdos impugnables mediante un procedimiento arbitral, como vía alternativa al procedimiento judicial.

⁸³⁸ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 44.

⁸³⁹ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 146 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 45.

En este capítulo se estudiarán las posturas doctrinales en cuanto a si el elemento tipológico es determinante en la calificación de un acuerdo social como arbitrable o no; si solamente los acuerdos anulables son arbitrables o también lo son los nulos; el elemento subjetivo y la legitimación para impugnar por este medio alternativo a la jurisdicción.

Se hará una breve enunciación de las impugnaciones de los acuerdos del Consejo de Administración mediante arbitraje.

Y, por último, pero no por ello con menos importancia, se estudiará el procedimiento general que se ha de seguir para la puesta en práctica de un arbitraje que pretenda resolver la impugnación de un acuerdo social.

Al final del presente capítulo también se harán unas propuestas de *lege ferenda* en las que se plantearán posibles reformas a la Ley de Arbitraje actual con el fin de aplicar los conocimientos y experiencias adquiridas a lo largo de este trabajo de investigación.

II. Síntesis de la evolución de los planteamientos sobre la arbitrabilidad de la validez de los acuerdos sociales

El arbitraje es un instituto del Derecho que genera conflictos ahí donde se presenta. Existen y existirán, tal y como ha habido siempre, quienes lo defienden y quienes en cambio no lo consideran un medio adecuado y eficaz para resolver las impugnaciones de acuerdos sociales.

Detrás de estas posturas hay muchas filosofías y tendencias personales que hacen que concepciones como la libertad, la autonomía de la voluntad, el contractualismo, el Estado como único garante de los derechos de los ciudadanos, entre otras, hagan que se considere más o menos admisible el arbitraje. Esto que afirmo es comprobable tanto empíricamente como por las diversas posturas jurisprudenciales y doctrinales, a nivel interno como a nivel internacional, lo que ha llevado a que la

doctrina y la jurisprudencia haya profundizado, a lo largo de estos últimos años, en la naturaleza jurídica de esta institución del Derecho⁸⁴⁰.

Antes de la Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, en la que se estableció un procedimiento especial para la impugnación de acuerdos sociales, no había oposición al arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción para resolver las impugnaciones de acuerdos de junta general, sino más bien era un método muy utilizado en la práctica mercantil⁸⁴¹.

Pero tras los cambios legislativos surgió una nueva orientación en la jurisprudencia y en la doctrina en cuanto al arbitraje.

Este cambio de postura tiene también su fundamento en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, que abrió el debate sobre la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales sobre la base del procedimiento especial que se imponía, convirtiéndose en el inicio de una etapa antiarbitralista, apoyada doctrinariamente por grandes juristas. Esta parte de la doctrina sostenía que al tener la resolución de la contienda efectos para todos los accionistas, no era posible dejar en manos de los litigantes los derechos ajenos, además de defender que no cabían acuerdos puramente privados con base a concesiones recíprocas sobre cuestiones relativas a si un acuerdo se adecua o no a la Ley o a los estatutos, o si vulnera los intereses sociales. Esta línea la siguió también el Tribunal Supremo, cambiando su criterio y pasando a rechazar la arbitrabilidad de las controversias relativas a los acuerdos sociales, sentando una clara jurisprudencia en contra, al considerar que el arbitraje no brindaba las garantías procesales necesarias para resolver este tipo de conflictos. En contra del arbitraje societario hubo quienes alegaron también que la regulación de la impugnación de acuerdos sociales implicaba normas imperativas que hacían que no fuera posible disponer de esta materia, por lo que se estaría ante materia inarbitrable; lo que hizo que

⁸⁴⁰ GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, ob.cit., pág. 13; MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 434; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 1993.

⁸⁴¹ MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 402; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 241.

por mucho tiempo en las cláusulas arbitrales estatutarias se excluyera de forma expresa la impugnación de acuerdos sociales⁸⁴².

Posteriormente, principalmente tras la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas (1989) y de Sociedades Limitadas (1995) y la desaparición del proceso especial para la impugnación de acuerdos sociales, corrientes más favorables al arbitraje establecieron límites, aunque sin excluir totalmente el arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción para la resolución de las impugnaciones de los acuerdos sociales, llegando a considerar que únicamente serían arbitrables las impugnaciones de los acuerdos sociales que fueran anulables porque no había afectación a los intereses de terceros, con una legitimación activa para impugnarlos muy limitada y por tanto con sus efectos “controlados”. De igual forma se afirmó que sólo serían arbitrables aquellos acuerdos que afectaran los intereses individuales de los socios y no si se afectaran los intereses colectivos o de terceros; y, también se sostuvo que el arbitraje sería realmente eficaz cuando se tratara de Sociedades Anónimas o de Sociedades de Responsabilidad Limitada con características de pequeñas, cerradas o de carácter familiar⁸⁴³.

A finales del siglo pasado hubo un cambio de tendencia como continuación de estas corrientes “aperturistas” al arbitraje. La primera en pronunciarse en este sentido fue la Dirección General de los Registros y del Notariado con su comentadísima Resolución de 19 de febrero de 1998, en su fundamento de Derecho tercero al analizar la negativa del registrador a inscribir una cláusula estatutaria en que se sujetaba a

⁸⁴² SSTs de 15 octubre de 1956, 27 enero 1968, 21 mayo 1970 y 15 octubre 1971; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “El origen del arbitraje: una hipótesis”, ob.cit., pág. 354; GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, ob.cit., pág. 209; CHILLÓN MEDINA, J., “Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular”, ob.cit., pág. 250; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 1980; BOTANA AGRA, M., “Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas”, en *Derecho de los Negocios*, nº 100/1999, pág. 12; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 16; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 13; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 67; CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, ob.cit., pág. 884; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 129 y ss.

⁸⁴³ MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 460; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., págs. 1978 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, ob.cit., pág. 341; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 131 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 242.

arbitraje la solución de determinados conflictos sociales, con base en “la falta de idoneidad de una norma de tal naturaleza como fuente de un convenio arbitral, en cuanto no puede vincular a terceros que no hayan sido parte en el contrato”.

La DGRN se pronunció en contra de esta afirmación y dijo que un “convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria. No puede, por último, desconocerse que en un supuesto con evidentes analogías, el de los conflictos entre las cooperativas y sus miembros, la sumisión estatutaria a arbitraje aparece expresamente prevista por el legislador [artículo 163.1, b) de la Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987]”. En la misma Resolución afirma también la DGRN que “la exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales, si bien goza de un reiterado respaldo jurisprudencial (cfr. SSTs de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 15 de octubre de 1971, 21 de mayo de 1970), está pendiente de confirmación tras las últimas reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, y hoy día es doctrinalmente cuestionada en base a diversos argumentos”.

Siguiendo estos planteamientos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 355/1998, de 18 de abril, en su fundamento de Derecho segundo reconoce la posibilidad indudable “de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, (...) pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido”.

Y el Tribunal Supremo mantiene que actualmente tras las reformas legales se debe volver a la doctrina más antigua favorable al arbitraje, estimando que “en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de «ius cogens» pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la

impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\2737 y RCL 1990\206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje”.

Tras esta evolución de la jurisprudencia y de la doctrina fue lógico un cambio legislativo y se promulgó la actual Ley de Arbitraje en el año 2003, favoreciendo y difundiendo la cultura arbitral, culminando la desacreditación general de las posturas “antiarbitrales”.

En primer lugar, se ha dicho que las posturas antiarbitrales que tenían su fundamento en la imperatividad de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales, no son adecuadas. Que una materia esté regulada por normas imperativas no es óbice para impedir su arbitrabilidad, ya que el árbitro, en este caso, deberá aplicar esas mismas normas imperativas al igual que lo haría un juez, sin equiparar el arbitraje con la arbitrariedad. Ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en la legislación societaria existe límite alguno a la disponibilidad de la impugnación de acuerdos sociales, más bien se permite la renuncia y la disposición de los acuerdos por los socios, permitiendo así el arbitraje. Además, actualmente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de una forma generalizada, se acepta que las acciones que pretendan tutelar la validez de los acuerdos sociales son arbitrables, aunque se establezcan algunas limitaciones o condicionamientos⁸⁴⁴.

En segundo lugar, la posibilidad de procedimientos paralelos, uno arbitral y otro judicial, o que no puedan participar terceros, no son argumentos determinantes para la

⁸⁴⁴ GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 71; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 427; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, ob.cit., págs. 347 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 140 y ss.; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 355/1998, de 18 de abril; SAP de Pontevedra (Sección 6ª) número 431/2003, de 10 de febrero, fundamento de Derecho segundo; Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 19 de febrero de 1998; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

exclusión del arbitraje. En el primer caso se deberán aplicar las reglas de la acumulación de acciones (artículos 71 y siguientes LEC) o de prevalencia de procedimientos en el tiempo (artículo 79 LEC).

En el segundo caso, cuando el procedimiento sea instado por un tercero no vinculado por la cláusula arbitral y no se haya adherido tampoco a él mediante un convenio arbitral *ad hoc*, es evidente que prevalecerá el procedimiento judicial iniciado por él, pero esto no determina que la materia no sea arbitrable, sino que no será, en ese asunto en concreto, la vía adecuada para resolver este conflicto, ya que el árbitro carecerá de competencia para resolver ese litigio. Será, al igual que ocurre en el ámbito judicial, un problema de competencia entre dos sujetos capaces de resolver un determinado conflicto, pero no de arbitrabilidad o disponibilidad de la materia.

Cuando existan terceros involucrados en el litigio, tampoco esto es razón suficiente para considerar que estamos ante materia no disponible y por tanto inarbitrable. Es evidente que un tercero no está vinculado por la cláusula arbitral y el laudo tampoco lo vinculará, pero como tampoco una sentencia. El tercero si quiere hacer valer sus derechos mediante un procedimiento arbitral podría hacerlo si las partes del convenio arbitral se lo permitieran; pero si no se diera el caso y la Ley le concediera legitimación para impugnar (acuerdos nulos), podrá el tercero instar el procedimiento de impugnación ante la jurisdicción ordinaria, no existiendo problemas ni de litispendencia ni de cosa juzgada con relación al procedimiento arbitral por no haber identidad de sujetos, aunque el objeto y la causa sean los mismos (artículos 222 y 421 LEC).

Por tanto, si un tercero se pudiera ver afectado por un procedimiento arbitral podrá ser invitado a participar en él y así podría hacer valer sus derechos, siempre y cuando todas las partes del convenio arbitral (la sociedad y los socios) estén conformes con esto por el principio de autonomía de la voluntad que rige el procedimiento arbitral y su origen contractual, que no se puede obviar cuando se suscribe la cláusula arbitral⁸⁴⁵.

⁸⁴⁵ La autonomía de la voluntad es el principio y el presupuesto de toda relación contractual y se define como el poder reconocido a toda persona para conformar libremente una relación jurídica. BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 114.

En todo lo demás el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, dotado con las garantías de un proceso judicial, en el que la Ley ha previsto un sistema objetivo para salvaguardar la imparcialidad y la independencia de los árbitros, que si no se respetaran acarrearían la nulidad del laudo que se dictara (artículos 9, 17 y 41 LA; 13 LEC).

También podrá el tercero no aceptar participar del procedimiento arbitral y simplemente limitarse a acatar lo que en él se resuelva; o si no ha tenido conocimiento del procedimiento arbitral y ha habido buena fe por su parte, considero que la sociedad deberá hacerse responsable por los posibles daños que se le pudieran causar, al igual que ocurriría con cualquier otro sujeto conforme a los principios generales que rigen la responsabilidad extracontractual (artículos 1089 y 1887 CC)⁸⁴⁶.

Por su parte, el cambio jurisprudencial favorable al arbitraje se ha debido a la consideración de que la tutela judicial prevista en el artículo 24 de la Constitución Española puede obtenerse también a través de un proceso arbitral y por creer que la impugnación de acuerdos sociales es materia libremente disponible por las partes⁸⁴⁷.

En la nueva Ley de Arbitraje (2003) también se da primacía a la autonomía de la voluntad y al tratarse la impugnación de acuerdos sociales, en principio, de materia que recae sobre la libre disposición de los socios, la doctrina de manera generalizada sostiene que el ejercicio del derecho a impugnar los acuerdos sociales puede realizarse válidamente tanto por la vía judicial como por la vía arbitral⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 55.

⁸⁴⁷ Como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), nº 776/2007, de 9 de julio, fundamento de Derecho tercero, cuando dice que: “En la jurisprudencia constitucional se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral como relacionada con el principio de autonomía de la voluntad, pero regulada por la legalidad ordinaria al margen de la protección reforzada mediante el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) [CE]; y, por otra, la intervención judicial excepcional prevista en la LA, que constituye la única actividad jurisdiccional estatal propiamente dicha disciplinada por la regulación del expresado derecho a la tutela judicial, que tiene rango constitucional y formas reforzadas de protección mediante los recursos ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La STC núm. 9/2005 (RTC 2005, 9), declara, en efecto, que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento. La CE, según el Tribunal, sólo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, la intervención en la designación de los árbitros, la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo”.

⁸⁴⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 428; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa

Lo que no puede tolerarse bajo ninguna circunstancia es que el arbitraje se utilice como una vía de escape a la legalidad y que quienes decidan impugnar un acuerdo social mediante arbitraje lo hagan con la intención de alargar el procedimiento, intentando que no se aplique el Derecho correspondiente o haciendo que el arbitraje se convierta en una especie de primera instancia o como un simple mecanismo de entorpecimiento del procedimiento judicial, interponiéndolo, por ejemplo, ante la jurisdicción teniendo los estatutos una cláusula arbitral para que el juez se deba declarar incompetente y remitirlo al arbitraje, para luego no reconocer a la institución arbitral o al árbitro que la otra parte proponga teniendo que acudir nuevamente al juez para que nombre al árbitro, alargando el procedimiento indefinidamente con fines diferentes a obtener un resultado justo.

Ante estas situaciones las Cortes de Arbitraje, si éste es institucional, o los árbitros nombrados *ad hoc*, deberán intentar que las partes se pongan de acuerdo en el procedimiento, en primer lugar reconociendo la competencia del árbitro o de la Corte Arbitral (en su caso), y luego la forma y el procedimiento que se ha de seguir, con el fin de que no haya dudas o se entorpezca el procedimiento teniendo que acudir otra vez a la jurisdicción, algo que en principio es contrario a la naturaleza propia de esta institución jurídica⁸⁴⁹.

A lo que sí se ha llegado a un cierto consenso en todos los sectores jurídicos es que quedan excluidos del arbitraje los supuestos de nulidad radical (imprescriptible) de los acuerdos sociales, cuando por su causa o contenido resulten contrarios al orden público, por tratarse por tanto de materia de no libre disposición por las partes-socios (artículo 2.1 LA). Pero en este caso también hay que tener cuidado con que no se alegue

causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 289; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 246; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

⁸⁴⁹ En las Cortes arbitrales generalmente este es un procedimiento generalizado, principalmente por la patología de las cláusulas arbitrales, teniendo que ser convocadas las partes a una comparecencia previa en la que se aceptará la competencia de la Corte y el árbitro designado, convirtiéndose esto en un convenio arbitral *ad hoc* por la imposibilidad de cumplimiento de la cláusula existente debido a su mala regulación. En este punto quiero hacer constar que si el arbitraje ha tenido problemas para su desarrollo se debe a la falta de formación de quienes han de ponerlo en práctica, entiéndase los abogados o los notarios a la hora de redactar las cláusulas arbitrales, o también los abogados en el momento en que se les encomienda la defensa en un procedimiento arbitral, porque no conocen el proceso, las características ni su Ley y no pueden así beneficiarse de los beneficios que se podrían obtener a través de él. Reflexiones alcanzadas tras entrevistas a Secretario de la Corte de Arbitraje de Toledo FRANCISCO JAVIER MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Toledo, julio 2009.

que el acuerdo es contrario al orden público como medio fraudulento de evitar la impugnación tras haber dejado transcurrir más de un año y, por tanto, por haber caducado la acción de impugnación. Por ello el juez deberá estimar si hay en la acción declinatoria planteada, existiendo una cláusula arbitral estatutaria, un eventual fraude de Ley por la alegación de que el acuerdo es contrario al orden público⁸⁵⁰.

III. El arbitraje societario y la validez de los acuerdos de la junta general de una sociedad de capital

1. Generalidades sobre la impugnación de acuerdos sociales

Es un hecho que la impugnación de acuerdos sociales genera en las sociedades la mayor fuente de incertidumbre e inseguridad jurídica para el desarrollo de su actividad. Por esto, además de ser necesario que se alcance una solución lo más rápido posible, el ordenamiento jurídico vigente es favorable al mantenimiento de los acuerdos sociales, afirmando que los acuerdos sociales se presumen válidos mientras no sean declarados nulos⁸⁵¹.

En la impugnación de acuerdos sociales se ha reconocido generalmente una función de control por parte de la minoría para impedir que la mayoría use abusivamente su poder en contra de la propia sociedad y de sus intereses⁸⁵²; aunque, en general, se afirma que el socio al impugnar un acuerdo de junta general actúa como

⁸⁵⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 429.

⁸⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de acuerdos sociales (acuerdos impugnables)”, ob.cit., pág. 291; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta general de la Sociedad Anónima”, en *Revista Derecho de Sociedades*, Monografía nº 13, Editorial Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 43; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., págs. 65 y 393; CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, ob.cit., pág. 496.

⁸⁵² ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 27; ALCALÁ DÍAZ, M., “La revisión del derecho del socio a la impugnación de acuerdos de la Junta general y tutela de la minoría en la Sociedad Cotizada”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 619; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 203; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La posición jurídica de socio en las sociedades de capital: un análisis tópico de los derechos políticos del accionista”, ob.cit., pág. 540.

órgano de tutela del interés social, con el fin de remediar la deficiente actuación de la junta⁸⁵³.

La impugnación de acuerdos sociales se regula en los artículos 115 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas y 56 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. El artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas trata sobre los acuerdos que pueden ser impugnables. Distingue entre acuerdos nulos y anulables, pero esta clasificación no se corresponde con la doctrina general de los negocios jurídicos, sino que más bien se distinguen en cuanto a la caducidad de la acción y de quienes están legitimados para interponerla⁸⁵⁴.

Los requisitos para que un acuerdo sea impugnable serán que sea eficaz y que esté afectado por un defecto catalogado como causa de impugnación en la Ley. Un acuerdo es eficaz desde el momento en que es aprobado por la junta y mientras que no haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro acuerdo (artículo 115.3 LSA)⁸⁵⁵.

La impugnación de los acuerdos sociales nulos tiene como finalidad la tutela de la legalidad, ya que se considera que con la adopción de ese determinado acuerdo se contraría. En cambio, serán anulables aquellos acuerdos que vayan en contra de los estatutos sociales o aquellos que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad (artículo 115 LSA).

En toda acción de impugnación, ya sea por acuerdos nulos o anulables, las acciones deberán ir dirigidas contra la sociedad (artículo 117.3 LSA). La sociedad nunca puede tener la legitimación activa, ya que sería un absurdo que la sociedad pudiese impugnar sus propios acuerdos, por la teoría de los actos propios⁸⁵⁶. En este

⁸⁵³ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 315; en el mismo sentido BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 205.

⁸⁵⁴ ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 607; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Impugnación de acuerdos sociales (acuerdos impugnables)”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Capítulo X, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1998, pág. 283; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 355.

⁸⁵⁵ CABALLO I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1108.

⁸⁵⁶ ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 616; PÉREZ DAUDÍ, V., “Legitimación”, ob.cit., pág. 1169; VILALTA, E., MÉNDEZ, R., *Impugnación de acuerdos sociales en*

caso, si los administradores quieren impugnar un acuerdo social, lo deberán hacer en su nombre, no en representación de la sociedad y, cuando éstos tengan la representación exclusiva de la sociedad y la junta no hubiera designado a nadie más al efecto, el juez deberá nombrar a una persona para que represente a la sociedad durante el proceso entre los accionistas que hubieran votado a favor del acuerdo que se pretende impugnar (artículo 117.3 LSA)⁸⁵⁷.

Los administradores estarán cada uno, individualmente considerados, legitimados activamente para impugnar los acuerdos nulos como anulables; esto sin perjuicio de que cuando sea un órgano colegiado deba adoptar el correspondiente acuerdo para impugnar, aunque la demanda se presente después en nombre de todos los integrantes del órgano de administración, o de la mayoría de ellos (artículo 117 LSA)⁸⁵⁸.

El juez o el árbitro que conozca de dicha acción únicamente podrán declarar la nulidad o la anulabilidad del acuerdo social impugnado, pero nunca puede sustituirlo por otro, ya que ni los jueces ni los árbitros pueden inmiscuirse en la libertad de actuación de los órganos sociales⁸⁵⁹.

En la impugnación de acuerdos sociales la cosa juzgada de la sentencia o del laudo se extiende a todos los socios aunque no hubieren litigado (artículo 222 LEC), por ser un caso evidente de litisconsorcio necesario, estando vinculados por lo que se resuelva, ya que aunque haya sido interpuesta solamente por un socio o por un grupo de ellos, existe una concurrencia de intereses, porque el socio o socios impugnantes representan la realización práctica de los derechos de los otros⁸⁶⁰.

S.A. y S.L., ob.cit., pág. 29; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 413.

⁸⁵⁷ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 359.

⁸⁵⁸ PÉREZ DAUDÍ, V., “Legitimación”, ob.cit., pág. 1151; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, ob.cit., pág. 326.

⁸⁵⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Acuerdos impugnables)”, ob.cit., pág. 293; MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 473.

⁸⁶⁰ ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, ob.cit., págs. 280 y ss. Se producirá un litisconsorcio necesario cuando “hallamos involucradas en el objeto de lo juzgado a personas que hubieran podido actuar como litisconsortes en el proceso, por concurrir en las mismas un interés directo”. Nieva Fenoll, J., *La cosa juzgada*, ob.cit., pág. 209; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 57; Ver páginas 269 y siguientes.

La cosa juzgada de una sentencia, al igual que de un laudo, no tiene intención de afectar los derechos de terceros, sino que sus efectos son relativos para las partes del proceso. A pesar de esto, como efecto natural de la misma tendrá una serie de consecuencias en la esfera jurídica de terceros al tener que respetar lo así decidido. Entre las partes tendrá una eficacia directa, pero con respecto a terceros será una especie de eficacia “refleja”⁸⁶¹.

En Derecho societario, específicamente en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales, este razonamiento se justifica en la enmienda sufrida por el artículo 122 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). El artículo 122 LSA regulaba los efectos de la declaración de nulidad de un acuerdo inscribible. El apartado primero decía: “la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado”. Este apartado fue derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, recogiendo únicamente en el artículo 222, inciso 3º, apartado tercero, que “las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado”⁸⁶².

2. La subsanación de los acuerdos sociales y la materia de libre disposición como presupuesto de la materia arbitrable

En este apartado se estudiará la subsanación de los acuerdos de la junta general de una sociedad de capital de una forma pormenorizada, porque esta posibilidad legal es uno de los elementos que destacan la disponibilidad de esta materia y esta disponibilidad de la materia es un presupuesto necesario de la arbitrabilidad.

La subsanación de los acuerdos sociales es un remedio jurídico que busca solucionar rápidamente los conflictos surgidos entre los socios por la invalidez del acuerdo. Tiene como finalidad asegurar la estabilidad de la vida de la sociedad así como dar seguridad jurídica al tráfico, a la vez que procura el control de la legalidad de los

⁸⁶¹ ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, ob.cit., págs. 59 y ss.; Ver páginas 289 y siguientes.

⁸⁶² HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 130.

acuerdos. Es competencia exclusiva de la junta general y por lo tanto requerirá, como cualquier declaración de voluntad de la junta, la forma de un acuerdo social⁸⁶³.

La posibilidad de subsanar los acuerdos sociales pone de manifiesto el poder de la junta para disponer sobre sus propios acuerdos; por lo que, desde el punto de vista del Derecho arbitral, que la materia objeto de impugnación y de subsanación sea disponible por los socios lleva a afirmar que se trata de materia susceptible de ser sometida a arbitraje, ya que este procedimiento alternativo a la jurisdicción tiene como límite las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho (artículo 2.1 LA)⁸⁶⁴.

La Ley dice que no pueden impugnarse los acuerdos que hayan sido dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otros, ni los que hayan subsanado sus defectos en el plazo otorgado por el juez o por el árbitro, en su caso (artículo 115.3 LSA).

En este sentido también se encuentra la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando prevé la privación del interés legítimo de las pretensiones del impugnante (artículos 22 y 413 LEC); ya que cuando se subsana un acuerdo social, el impugnante dejará de tener un interés legítimo en la tutela judicial pretendida, por lo que habría que decretarse la terminación del procedimiento arbitral o judicial, con los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme⁸⁶⁵.

Sin importar el carácter de nulo o de anulable del acuerdo, las consecuencias de ese vicio que lo afecta pueden evitarse mediante su regularización. La subsanación intraprocesal abre la posibilidad de eliminar la causa de impugnación del acuerdo aún después de presentada la demanda. El juez o el árbitro deberán conceder el plazo razonable para que pueda reunirse la junta y subsanar el acuerdo, siempre y cuando sea

⁸⁶³ BUSTILLO SAIZ, M., “Acuerdo Social (Subsanación)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, Iustel, Madrid, 2006, pág. 129; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., págs. 51 y 407; DE CASTRO MARTÍN, J., “La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 115.3 LSA)”, ob.cit., pág. 1599; Sánchez Calero, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 378; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 155.

⁸⁶⁴ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 124; Ver páginas 36 y siguientes.

⁸⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 391.

posible tanto material como procesalmente, siendo una manifestación del principio de conservación de los negocios⁸⁶⁶.

En cuanto a esta facultad del juez de conceder el plazo que considere oportuno para que se subsane el acuerdo que se impugna, nada ha dicho –aún– la doctrina arbitral en cuanto a las facultades que ostenta el árbitro en este sentido. Considero que se trata de una función que ejerce el juez en su ministerio de autoridad competente de dirimir el conflicto, que no implica un *imperium* o competencia impositiva por parte de él, lo que me lleva a concluir que el árbitro, dentro de las facultades y las competencias que le han otorgado el convenio/cláusula arbitral, la Ley o el reglamento de la institución arbitral al que se sometan, podrá perfectamente también otorgar el plazo que considere oportuno para que se reúnan los socios y subsanen la causa que genera la impugnación, si es que fuere posible. Además, considero que una medida de este tipo está en perfecta consonancia con la naturaleza del arbitraje y con los principios y finalidades societarios, al intentar que la normalidad y la buena marcha de la sociedad continúen y se solucionen los conflictos de una forma rápida y en la medida de lo posible “amistosa”.

Así, el árbitro o el juez debe conceder el plazo razonable cuando sea pedido por la sociedad o por los socios personados que se oponen a la demanda de impugnación, siempre que advierta que la causa de invalidez del acuerdo puede ser subsanada. La solicitud podrá plantearse en el momento de contestar la demanda, en la comparecencia o, incluso, en un momento posterior⁸⁶⁷.

Esta posibilidad se extiende a todo tipo de acuerdos, es decir, podrán ser subsanados o dejados sin efecto tanto los acuerdos nulos como los acuerdos anulables,

⁸⁶⁶ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 573; MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “La Junta general y la impugnación de sus acuerdos en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 2106; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley reguladora de la Sociedad Anónima”, en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, pág. 337; BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales: su problemática”, ob.cit., pág. 569; TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, pág. 106; URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 328; CABALLOL I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1120; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 707/2002, de 12 de julio, fundamento de Derecho tercero.

⁸⁶⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 390.

eliminando así la causa que permite impugnarlos⁸⁶⁸. Pero tanto el legislador como la doctrina han vinculado las técnicas de sanación a los vicios que provocan la anulabilidad del acto jurídico, ya que la nulidad está estrechamente relacionada con la protección de los intereses públicos y los particulares no pueden disponer de un interés público, al contrario de lo que sucede con la anulabilidad en la que se protegen intereses individuales⁸⁶⁹.

Otra parte de la doctrina sostiene, no obstante, que este razonamiento va en contra de la propia Ley de Sociedades Anónimas (y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en su caso), ya que ésta prevé la sanación del acuerdo inválido por el simple transcurso del tiempo, además de que considera que esta otra postura doctrinal confunde el carácter individual del derecho de impugnación de los acuerdos nulos o anulables con el hecho de que el ejercicio de este derecho del accionista o socio, salvo en los supuestos de acuerdos contrarios al orden público, se basa en la defensa de los intereses sociales y no en el interés individual del accionista o socio, no solamente en los casos de anulabilidad del acuerdo que lesiona estos intereses en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, sino también cuando defiende la legalidad del acuerdo que es contrario a la Ley o a los estatutos⁸⁷⁰.

En el Derecho societario, el efecto querido por los socios, pero rechazado por el ordenamiento, no podrá producirse porque lo corrobore la junta. La sociedad no podrá convalidar un acuerdo nulo, únicamente tendrá posibilidad de adoptar un nuevo acuerdo sanante eliminando el acuerdo viciado y adoptando un nuevo acuerdo sustitutorio de éste o simplemente revocándolo. Tal y como afirmábamos, está prohibida la convalidación de un acuerdo nulo, ya que el interés privado a la eficacia del negocio nulo no puede prevalecer sobre el interés general a su ineficacia⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 332; CABALLOL I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1119.

⁸⁶⁹ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 330; TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., pág. 33; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 929/1994, del 21 de octubre, fundamento de Derecho cuarto.

⁸⁷⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., págs. 385 y ss.

⁸⁷¹ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 331; en el mismo sentido TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., pág. 87; CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación*

Para evitar la impugnación de los acuerdos sociales y los trastornos que conlleva a la vida social, el artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas establece varias opciones para subsanar los acuerdos de la junta general que tengan problemas de validez, con el fin de eliminar la incertidumbre o la inseguridad jurídica que se genera en torno a la eficacia y a la validez del acuerdo adoptado en una junta anterior.

Así, un acuerdo que puede ser impugnado podrá ser dejado sin efecto, modificado, sustituido válidamente por otro o ratificado.

En primer lugar, un acuerdo social puede ser dejado sin efecto. Si un acuerdo social es dejado sin efecto se entenderá que ha sido revocado y por tanto se desiste de la pretensión social que se tenía al adoptarlo. Esta posibilidad también se conoce con el nombre de autoanulación y tiene como finalidad que el acto se valore como nunca producido, por lo que una vez revocado tendrá efectos retroactivos al momento en el que tuvo lugar el acuerdo original⁸⁷².

A diferencia de la confirmación que se fundamenta en el principio de conservación, la revocación o autoanulación de un acuerdo social es el remedio para los vicios de carácter material o de contenido, que obedece a criterios de oportunidad, con el fin de evitar la litigiosidad superflua en aras de la paz social y de la economía procesal⁸⁷³.

Si el contenido del primer acuerdo (el acuerdo impugnado) es contrario a la Ley o a los estatutos, o su defecto deriva de la infracción de los límites impuestos al ejercicio al derecho de voto, la sociedad deberá autoanular el acuerdo si quiere tutelar el

jurisprudencial, ob.cit., pág. 504 comentando la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1970.

⁸⁷² BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., págs. 134 y ss.; SUSO VIDAL, JM., “La autoanulación de acuerdos por la junta general y sus límites temporales en relación a la nueva regulación procesal”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*, Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 1310 y ss.

⁸⁷³ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., págs. 131-132; en el mismo sentido TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., págs. 75 y ss.; BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación: su problemática”, ob.cit., pág. 569; DE CASTRO MARTÍN, J., “La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 115.3 LSA)”, ob.cit., pág. 1591; SUSO VIDAL, JM., “La autoanulación de acuerdos por la junta general y sus límites temporales en relación a la nueva regulación procesal”, ob.cit., pág. 1311.

interés común de los socios. Esto porque en el caso de los vicios de contenido o intrínsecos, la sociedad solamente podrá optar por dejarlo sin efecto, ya que si adopta uno nuevo sustancialmente idéntico al anterior, seguirá viciado y será también impugnabile⁸⁷⁴.

Será posible la revocación de los acuerdos sociales con el límite de los derechos adquiridos por los socios o por los terceros de buena fe, o cuando el acuerdo no haya sido ejecutado. Sólo se está legitimado para revocar un acuerdo social cuando se es titular de la esfera jurídica en la que se producirán las consecuencias de dicha revocación y, al obedecer la revocación a criterios de oportunidad, podrá utilizarse el mecanismo de la revocación incluso cuando la sociedad cambie su criterio y el acuerdo sea perfectamente lícito y carente de vicio alguno⁸⁷⁵.

Una vez iniciado un procedimiento de impugnación del acuerdo de junta general, la sociedad puede hacer también un ofrecimiento de autoanulación del mismo en la contestación de la demanda, con el fin de evitar el conflicto que la impugnación supone, regularizando la situación desde que se inicia el proceso judicial o arbitral, ya que la sociedad no puede quedar “paralizada” por haber sido presentada la demanda de impugnación⁸⁷⁶.

Con la demanda, y si el juez o el árbitro se encontraran suficientemente informados, podrán conceder la autorización para que la sociedad regularice el acuerdo en un plazo prudente y proceder a su autoanulación; ya que durante la tramitación del procedimiento de impugnación, sea cual sea la sede escogida, la sociedad conserva el poder de disposición sobre sus propios acuerdos, y el actor lo que pretende con su impugnación es la declaración de la invalidez del acuerdo, satisfaciendo de forma

⁸⁷⁴ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 290; TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., págs. 38 y ss.

⁸⁷⁵ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., págs. 77 y 296; TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., pág. 76; DE CASTRO MARTÍN, J., “La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 115.3 LSA)”, ob.cit., págs. 1590 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 380; SUSO VIDAL, JM., “La autoanulación de acuerdos por la junta general y sus límites temporales en relación a la nueva regulación procesal”, ob.cit., pág. 1310.

⁸⁷⁶ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 156 y ss.; SUSO VIDAL, JM., “La autoanulación de acuerdos por la junta general y sus límites temporales en relación a la nueva regulación procesal”, ob.cit., págs. 1318 y ss.

extraprocesal su interés y vaciando de interés legítimo el procedimiento (artículos 36 LA; 22 y 413 LEC)⁸⁷⁷.

En segundo lugar, un acuerdo social puede ser modificado, por lo que se mantendrá el mismo acuerdo cambiando alguno de sus elementos accidentales, presumiendo que el cambio irá orientado a la eliminación del vicio que lo afectaba.

En tercer lugar, cuando un acuerdo social es sustituido se trata de adoptar un nuevo acuerdo, sin los defectos de información o las irregularidades de procedimiento del acuerdo viciado y ponerlo en su lugar. Aquí, necesariamente, ambos acuerdos tendrán que tener el mismo objeto. La modificación y la sustitución pueden generar confusiones, pero hay que aclarar que la primera consiste, tal y como se expuso anteriormente, en el mantenimiento del mismo acuerdo y el cambio en uno de sus elementos accidentales que está provocando que el acuerdo sea impugnabile; mientras que en el caso de la sustitución se eliminará el primer acuerdo y en su lugar se colocará el nuevo acuerdo adoptado⁸⁷⁸.

La sustitución de un acuerdo social es un mecanismo excepcional, con efectos retroactivos (*ex tunc*), dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Para que el nuevo acuerdo opere deberá tener el mismo contenido del acuerdo anterior, pero ser este último acuerdo social válido. Esto no quiere decir que deban coincidir uno y otro acuerdo literalmente en cuanto al contenido que se convalida o se deja sin efecto, sino que lo que será necesario es su plena coincidencia sustancial. El segundo acuerdo se debe limitar a convalidar o dejar sin efecto el anterior, simplemente haciendo referencia a él, tal como conste en el acta correspondiente. Es imprescindible la perfecta identificación del acuerdo que se convalida o se deja sin efecto, y este nuevo acuerdo no debe ser impugnabile⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ SUSO VIDAL, JM., “La autoanulación de acuerdos por la junta general y sus límites temporales en relación a la nueva regulación procesal”, ob.cit., págs. 1316 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 156.

⁸⁷⁸ TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., pág. 25; DE CASTRO MARTÍN, J., “La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 115.3 LSA)”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades Mercantiles, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 1588 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 158.

⁸⁷⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Acuerdos impugnables)”, ob.cit., págs. 307 y 308; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por

Por último, en el caso de tratarse de defectos formales o estructurales, existe la posibilidad de la junta general de ratificar-confirmar sus propios acuerdos sociales. En este caso un nuevo acuerdo de la junta da por válido el anterior acuerdo aprobándolo, por lo que a partir de este nuevo acuerdo se presumiría la validez del primer acuerdo tal y como se encuentra adoptado, con efectos retroactivos, salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Al confirmar el acuerdo original viciado se tiene la intención de que el acuerdo se valore como perfecto desde su inicio, eliminando la relevancia jurídica del defecto que padece, atribuyéndole una eficacia definitiva y plenamente vinculante para la sociedad. El acuerdo originario determinará su contenido, el cual se consolidará y será a partir de ahora válido⁸⁸⁰.

En este punto es necesario poner en evidencia las diferencias existentes entre la sustitución y la ratificación con el fin de dejar este tema lo más claro posible.

En la sustitución se adopta un nuevo acuerdo que coincida sustancialmente con el acuerdo que se sustituye; mientras que en la ratificación la junta adoptará un nuevo acuerdo en el que simplemente se hace referencia al acuerdo anterior viciado y se manifiesta la voluntad de la sociedad de tenerlo como válido, por lo que no tiene un contenido propio y específico, sino que se agota en la expresión de la voluntad de la sociedad de dar plena eficacia al anterior acuerdo viciado⁸⁸¹.

la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 430; URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 328; TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., págs. 3 y ss; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 381; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 158.

⁸⁸⁰ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 169; DE CASTRO MARTÍN, J., “La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 115.3 LSA)”, ob.cit., págs. 1595 y ss. A pesar de esto, la Dirección General de Registros y Notariado (Mercantil) en su Resolución de 30 de Julio de 2001, fundamento de Derecho tercero, no admite esta tesis, ya que considera que el acuerdo de confirmación no puede ser admitido con efectos retroactivos, salvo cuando hayan transcurrido los plazos de caducidad previstos en la Ley para la impugnación del acuerdo, de forma que los efectos retroactivos y la sanación del acuerdo con vicios de invalidez no se habrán producido por el acuerdo de confirmación o ratificación, sino por el transcurso del tiempo.

⁸⁸¹ TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., pág. 10; BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales: su problemática”, ob.cit., pág. 569; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 131.

La ratificación o renovación del acuerdo social consiste en celebrar un nuevo negocio jurídico (entiéndase acuerdo social) idéntico en todos sus elementos con el otro anterior, con el fin de que este segundo negocio sustituya al original. Este nuevo acuerdo social carecerá de efectos retroactivos; por lo que si el primero estaba afectado por algún vicio de nulidad o anulabilidad, permanecerá igualmente viciado pese a su renovación en un nuevo acuerdo idéntico. De conformidad con este razonamiento, el primer acuerdo podría ser impugnado para eliminar los efectos que hubiese llegado a producir hasta el momento de su renovación. Esta es otra diferencia con la sustitución de los acuerdos sociales viciados, ya que en estos últimos, el artículo 115.3 de la Ley de Sociedades Anónimas le atribuye el efecto de impedir la impugnación del primer acuerdo adoptado, mientras que en el caso de la renovación no se impide la impugnación del negocio jurídico cuando éste presentase algún vicio⁸⁸².

Aunque cualquier acuerdo puede ser dejado sin efecto no importa la causa que lo haga impugnable, no todo acuerdo puede ser convalidado. La posibilidad de su convalidación dependerá de la causa por la que es impugnable. En general podrá afirmarse que los acuerdos anulables podrán ser convalidados. Este tipo de acuerdos serán aquellos que contengan defectos de forma o procedimentales, es decir, aquellos que violen las normas legales o estatutarias, como podrían ser los defectos en la convocatoria, el derecho de información, el quórum de constitución o el de votación, entre otros⁸⁸³.

Por tanto, el acuerdo original deberá adolecer de un vicio sanable para poder ser susceptible de conservación, produciendo así la irrelevancia jurídica del vicio. Además, tal y como ya se afirmó, a través de la confirmación se extingue el poder de impugnación, porque el interés jurídico del impugnante ya ha sido satisfecho, garantizando la legalidad del acuerdo social. Así, la legalidad del acuerdo será un

⁸⁸² TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., págs. 27 y ss.

⁸⁸³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Acuerdos impugnables)”, ob.cit., pág. 308; MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “La Junta general y la impugnación de sus acuerdos en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades Mercantiles, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 2105.

criterio objetivo de convergencia entre el interés social y el de sus socios y de la tutela de tales intereses por el ordenamiento⁸⁸⁴.

Al ser la junta general el órgano competente para adoptar estos acuerdos de subsanación, será necesario que en la convocatoria se indique el acuerdo afectado, además del sentido en que se piensa incidir sobre él (dejarlo sin efecto, modificarlo, sustituirlo por otro o ratificarlo), igualmente si el nuevo acuerdo tendrá o no efectos retroactivos. Además, los quórum de votación deberán ser los que corresponden a la materia sobre la que versa el acuerdo. Por tanto, en el acuerdo aprobado se deberá hacer referencia al acuerdo sustituido y al efecto que aspira producir en él con el fin de salvaguardar la seguridad del tráfico y la certeza de los hechos sin inducir a confusiones⁸⁸⁵.

El acuerdo sustitutorio podrá ser adoptado siempre y cuando no haya recaído sentencia firme de nulidad sobre el primer acuerdo, incluso después de presentada la demanda de impugnación, pero únicamente durante el plazo concedido por el árbitro o por el juez. Una vez que el plazo otorgado por el árbitro o por el juez haya transcurrido, no podría procederse a la subsanación del acuerdo viciado⁸⁸⁶.

En este orden de cosas, se deben considerar como no impugnables aquellos acuerdos simplemente confirmatorios de otros anteriores que no fueron impugnados en el plazo pertinente, ya que esto significa que los interesados no ejercitaron el derecho que les asiste en el momento oportuno y éste precluyó. Este razonamiento se basa en el principio básico del Derecho en el que las situaciones jurídicas de incertidumbre deben “cerrarse” en aras de la seguridad del tráfico⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., págs. 284 y ss.

⁸⁸⁵ CABALLO I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1121; en el mismo sentido TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., pág. 55; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 381; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 155.

⁸⁸⁶ TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., págs. 59 y ss.; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 707/2002, de 12 de julio, fundamento de Derecho tercero.

⁸⁸⁷ ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 610; TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, ob.cit., pág. 64; CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, ob.cit., págs. 502 y 789.

3. La arbitrabilidad de los acuerdos nulos: posibilidad, legitimación y efectos

La nulidad en el Derecho de sociedades, como se decía, no se corresponde con la establecida para los negocios jurídicos. La nulidad general del Derecho civil es imprescriptible. Sin embargo, en el Derecho de sociedades existen dos tipos de nulidad. La primera, que podría llamarse “nulidad caducable”, queda sanada con el simple transcurso de un año; y, la segunda, la nulidad en sentido estricto, es la que se corresponde con el concepto tradicional de nulidad propio del Derecho civil (imprescriptible)⁸⁸⁸.

En este apartado se analizarán las características comunes de ambas nulidades, pero nuestra atención se concentrará posteriormente en el tratamiento de la nulidad en sentido estricto o nulidad de los acuerdos sociales por ser contrarios al orden público, ya que en el arbitraje la materia disponible es su límite y, si un acuerdo de junta general es nulo por contravenir normas de orden público, se tratará de materia no disponible y por tanto no arbitrable.

Siguiendo a la doctrina más autorizada en este tema, y tal como hemos venido exponiendo a lo largo de este estudio, pueden clasificarse los acuerdos nulos en acuerdos cuya nulidad es absoluta y el tiempo no puede sanar; acuerdos con nulidad “relativa” o con nulidad “caducable” en el plazo de un año; e inexistencia⁸⁸⁹.

Con el fin de entender la nulidad en el Derecho societario y diferenciarla de la nulidad propia de los negocios jurídicos, será necesario hacer en un primer momento una distinción entre los conceptos de invalidez, ineficacia e inexistencia.

En primer lugar está la invalidez. La invalidez también es conocida como ineficacia estructural, dentro de la cual se encuentran la nulidad y la anulabilidad. Se trata de la situación de un negocio jurídico afectado de un vicio sobre algún aspecto

⁸⁸⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de acuerdos sociales (acuerdos impugnables)”, ob.cit., págs. 293 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 359.

⁸⁸⁹ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., págs. 321 y ss.

estructural del mismo, ya sea por la ausencia de algún elemento esencial que impide el nacimiento del negocio o porque alguno de dichos elementos está viciado⁸⁹⁰.

Por otro lado, la ineficacia en sentido estricto o la ineficacia funcional, consiste en que el negocio jurídico se ha perfeccionado de acuerdo con los requisitos exigidos por la Ley, pero por cualquier obstáculo o defecto no es capaz de desplegar sus naturales consecuencias, es decir, no produce efectos⁸⁹¹.

El concepto de ineficacia es un concepto más amplio que el de invalidez, de forma que “la sanción de un negocio inválido es la ineficacia del mismo aunque no todas las formas de ineficacia se conectan necesariamente a un negocio inválido toda vez que la ineficacia en sentido estricto supone que el negocio no puede desplegar sus efectos jurídicos aunque se trate de un negocio válidamente perfeccionado”⁸⁹².

Un ejemplo de un acto válido pero ineficaz sería el acuerdo de la junta general por el que se nombra o se cesa a un administrador, el cual surtirá efecto desde el momento de su aceptación, pero si no está inscrito no será oponible a terceros (artículos 9, 94.1.4º y 142 RRM; 123 y 125 LSA).

Es necesario también diferenciar de estas dos formas de ineficacia, la inexistencia. La inexistencia no implica que el negocio sea nulo, sino que nunca ha llegado a nacer, ya que mientras que la nulidad es la sanción a un acto *contra legem*, la inexistencia es una condición jurídica de un negocio afectado de un vicio insubsanable en alguno de sus elementos esenciales, o porque carece de alguno de dichos elementos esenciales. Serán inexistentes aquellos acuerdos sociales que carezcan de algún elemento esencial del acto que genera la apariencia de Derecho y, por tanto, no se

⁸⁹⁰ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 78; DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio jurídico”, ob.cit., pág. 463.

⁸⁹¹ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 78. A *contrario sensu*, “se califica de eficaz el negocio apto para producir los efectos que le corresponden según la regla negocial (la formada por la declaración de voluntad, la que se completa con las reglas jurídicas que a tal fin le sean aplicables)”. DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio jurídico”, ob.cit., pág. 462.

⁸⁹² ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 79.

podrán convalidar con el paso del tiempo, ya que nunca han nacido y no podrán tener ningún tipo de efectos⁸⁹³.

Un acuerdo social inexistente sería, por ejemplo, aquel en el que se decida en una sociedad familiar que todos los hijos del socio fundador al cumplir los veinte años deberán estar casados bajo pena de no poder llegar a formar parte de la sociedad, pudiendo este acuerdo evidentemente ser impugnado en cualquier momento por quien se vea afectado por él (artículos 116.1 y 117.1 LSA).

Después de este planteamiento general de la nulidad de los actos jurídicos, se continuará con el estudio particular de la nulidad de los acuerdos sociales.

La nulidad es la sanción que se otorga a los acuerdos sociales que infringen una prohibición legal dirigida a la protección del orden público, los intereses generales, la moral o las buenas costumbres⁸⁹⁴. La nulidad se presenta como la sanción general para los acuerdos viciados, mientras que la anulabilidad sería la excepción, ya que las causas que la producen están taxativamente determinadas en la Ley⁸⁹⁵. Por tanto, serán nulos los acuerdos sociales cuyo contenido vaya en contra de una norma de orden público comprendida en la Ley de Sociedades Anónimas (o de Responsabilidad Limitada) o en otra disposición legal, o que sean incompatibles con la estructura de la sociedad o sean atentatorios a las medidas de protección de los acreedores, entre muchos otros⁸⁹⁶.

Puede haber nulidad por tres causas. La primera consiste en la nulidad por violación de normas que establecen requisitos de procedimiento imperativamente impuestos en la Ley para la válida adopción de los acuerdos sociales (por ejemplo los requisitos de convocatoria o de constitución de la junta general), el derecho de información de los socios o las mayorías legalmente exigidas para su adopción. Los

⁸⁹³ GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, ob.cit., págs. 321 y ss.; ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 105; URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., págs. 324 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio jurídico”, ob.cit., págs. 463 y ss.

⁸⁹⁴ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 80.

⁸⁹⁵ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 149.

⁸⁹⁶ GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, ob.cit., pág. 320.

vicios de carácter formal al afectar la actividad de formación, aprobación y constancia del acuerdo, pueden afectar a la totalidad de la junta y en estos casos la impugnación no sería propiamente del acuerdo sino de la junta. A su vez, otra característica de los vicios de forma es que al poder ser enmendados, permiten que la sociedad tome algún tipo de medida para convalidar o ratificar el acuerdo afectado de este tipo de vicios (artículo 115.2 LSA)⁸⁹⁷.

En segundo lugar, están los acuerdos con un contenido contrario a una norma imperativa o que sean adoptados con abuso del Derecho o contrarios a la buena fe. Son estos los vicios de fondo, cuyo contenido adolece de un defecto que lo hace impugnabile. Estos vicios no admiten ni convalidación ni subsanación del acuerdo, y la única forma de salvar la impugnación de estos acuerdos será el dejarlos sin efecto o sustituirlos válidamente por otros⁸⁹⁸.

Cuando la norma o precepto estatutario infringido no haga más que reproducir un mandato legal imperativo, la violación de los estatutos implicará también violación de la Ley y el acuerdo, lejos de ser meramente anulable, será nulo. Si en los estatutos se refuerza la Ley, el acuerdo sería nulo si la contradice y anulable en cuanto a la parte estatutaria que refuerza el mínimo legal. Y, en el caso de los estatutos que introducen materias que la Ley ha dejado a la autonomía de la voluntad, si se violasen dichas normas los acuerdos serían anulables⁸⁹⁹.

De acuerdo con los argumentos antes expuestos, los acuerdos sociales afectados de una nulidad “caducable” son materia disponible por los socios y por tanto hay que considerarla materia arbitrable. Y conforme a esto, por ejemplo, deben considerarse arbitrables los acuerdos que conlleven la exclusión o la separación de los socios y

⁸⁹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de acuerdos sociales (acuerdos impugnables)”, ob.cit., pág. 295; CABALLO I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1119; ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 610; VILALTA, E., MÉNDEZ, R., *Impugnación de acuerdos sociales en S.A. y S.L.*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág. 7; GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, ob.cit., pág. 329.

⁸⁹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de acuerdos sociales (acuerdos impugnables)”, ob.cit., págs. 295 y ss.; CABALLO I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1119.

⁸⁹⁹ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 334; CABALLO I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1113; BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales: su problemática”, ob.cit., pág. 566.

cualesquiera otros acuerdos en los que la Ley pretende proteger los derechos de los socios, de terceros o proteger el interés público, siempre y cuando se apliquen las normas imperativas y se tutelen todos los sujetos implicados en el procedimiento arbitral⁹⁰⁰.

Por tanto, que las normas sean de carácter cogente no implica que la materia no sea arbitrable o que si se optara por el arbitraje no se estarían tutelando los intereses de terceros; porque escoger la vía arbitral es escoger un procedimiento válido dentro de los posibles, permitido por la Ley, en el que no se dispone de las normas sustantivas que rigen la materia. El árbitro deberá aplicar las normas imperativas, por lo que si las normas quieren proteger intereses de terceros, estos se verán tutelados por la necesaria aplicación de las mismas en un procedimiento arbitral⁹⁰¹.

Como ejemplo de acuerdos sociales nulos podría mencionarse, en primer lugar, aquellos acuerdos adoptados con defectos en la convocatoria, ya sea por no respetar el plazo establecido para la misma; el realizarla por el presidente del consejo de administración sin un acuerdo previo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros (artículo 140 LSA); o por la falta de su publicación en el BORME (artículo 97.1 LSA), entre otros. También serán nulos aquellos acuerdos adoptados si se ha violado el derecho de información del accionista (artículo 112 LSA) o cuando no se respete el principio mayoritario (artículo 93 LSA)⁹⁰².

Los acuerdos nulos caducan en el plazo de un año, cuyo cómputo será de fecha a fecha sin excluir el día del acuerdo, salvo para los acuerdos inscribibles que será la fecha de su publicación en el BORME (artículo 5 CC). El plazo de caducidad será apreciado de oficio por el árbitro o por los tribunales, sin que exista ninguna causa de

⁹⁰⁰ GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 72; MUÑOZ PLANAS, J.M., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 472 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 149.

⁹⁰¹ GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 73; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 6 de noviembre de 2000, fundamento de Derecho decimocuarto.

⁹⁰² BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales: su problemática”, ob.cit., pág. 568.

interrupción, transcurrido el cual quedará convalidado, lo que implica una renuncia tácita al derecho de impugnación del acuerdo social⁹⁰³.

Es importante resaltar que la declaración de nulidad no afectará a terceros de buena fe, pero sí afecta a todos los socios, hubieran o no litigado, ya que los efectos de la sentencia o del laudo de impugnación serán los propios de la cosa juzgada material (artículos 222.3 *in fine* LEC y 43 LA)⁹⁰⁴.

Esta tutela a los terceros de buena fe se basa en la presunción de validez del acuerdo, por el estado de confianza que genera cuando no se revela exactamente el vicio del que adolece. Pero esta protección de los terceros se mantiene hasta antes de la declaración de nulidad, porque una vez declarada la nulidad el tercero no puede pretender derivar ningún derecho de lo acordado en la junta⁹⁰⁵. En este punto hay que traer a colación las matizaciones hechas anteriormente⁹⁰⁶, en cuanto a la no vinculación de los terceros por la cláusula arbitral estatutaria y a los efectos del laudo que declare la nulidad, así como de la responsabilidad social frente a ellos.

Así las cosas, la sentencia o el laudo que recaiga sobre una impugnación de acuerdos sociales tendrá efectos frente a todos los que han intervenido en el proceso, sus herederos y causahabientes y frente a todos los demás socios, aunque no hubieren litigado (artículo 222.3 LEC). Este efecto es consecuencia de la declaración de la nulidad de un acuerdo que ha emanado de la junta general, órgano interno de la sociedad. Esto quiere decir que se verán vinculados también los nuevos socios, los que votaron en contra del acuerdo y no lo impugnaron, la sociedad, los administradores y los terceros que hayan intervenido, incluso si fueran de buena fe, ya que se trata de un nuevo hecho jurídico que no puede ser desconocido, tal y como ya se dijo en capítulos

⁹⁰³ BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales: su problemática”, ob.cit., pág. 571; URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 323; CABALLO I ANGELATS, L., “Caducidad de la Acción”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1130; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 359; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., págs. 393 y ss.

⁹⁰⁴ Ver páginas 269 y siguientes.

⁹⁰⁵ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., págs. 343 y ss.

⁹⁰⁶ Ver páginas 289 y siguientes.

anteriores⁹⁰⁷. Es importante aclarar que la sentencia o laudo lo que hará es declarar la nulidad o anulabilidad o no del acuerdo impugnado, pero nunca podrá sustituir el acuerdo impugnado o determinar lo que la junta tendría que haber decidido⁹⁰⁸.

Estarán legitimados para impugnar estos acuerdos todos los accionistas o socios, aunque hayan votado a favor del acuerdo, los administradores en defensa del interés social y los terceros con interés legítimo y actual (artículo 117.1 LSA). El requisito del interés legítimo y actual tiene importantes consecuencias prácticas, ya que impide que se perpetúe este derecho de un modo indefinido en el tiempo, con la consiguiente inseguridad jurídica que generaría. Por tanto, este interés dejará de ser actual cuando haya transcurrido el plazo de caducidad⁹⁰⁹.

Podrán impugnar tanto quienes asistieron a la junta general como los ausentes, sin distinción dentro de los primeros entre los que votaron a favor o en contra, se abstuvieron (voto en blanco o de otra forma) o emitieron un voto nulo⁹¹⁰.

En cuanto a los socios que adquieran esta condición después del acuerdo que se pretende impugnar, hay dos posiciones doctrinales claramente diferenciables en cuanto a si estarán o no legitimados para impugnar. Hay quienes sostienen que tendrán también legitimación los accionistas o socios que hayan adquirido esta condición después de adoptado el acuerdo, porque se verán afectados por sus efectos y tendrán el mismo interés en impugnar que quien ya es accionista o socio, afirmando que, en todo caso, si no pudieran impugnar como accionista o socio, lo podrán hacer como tercero con un interés legítimo⁹¹¹.

⁹⁰⁷ Ver páginas 271 y siguientes.

⁹⁰⁸ VILALTA, E., MÉNDEZ, R., *Impugnación de acuerdos sociales en S.A. y S.L.*, ob.cit., pág. 27; GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, ob.cit., pág. 332; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 424; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 180.

⁹⁰⁹ PÉREZ DAUDÍ, V., “Legitimación”, ob.cit., pág. 1146; URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., págs. 357 y ss.; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 359; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 401; DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio jurídico”, ob.cit., pág. 482; GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, ob.cit., pág. 330; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 908/1993, de 9 de octubre, fundamento de Derecho sexto.

⁹¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 402.

⁹¹¹ ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 612; PÉREZ DAUDÍ, V., “Legitimación”, ob.cit., pág. 1147.

En cambio, en contra de esta otra postura están quienes afirman que el accionista está legitimado para impugnar si tiene esa condición en el momento de la adopción del acuerdo, ya que él está legitimado en cuanto titular de un interés respecto a los acuerdos adoptados por la junta, siendo un requisito *sine qua non* para impugnar que haya adquirido tal condición anteriormente a la adopción del acuerdo⁹¹².

Los accionistas sin derecho de voto están también legitimados para impugnar los acuerdos sociales, ya que si bien carecen del derecho de voto, cuentan con todos los demás derechos propios de un socio y, en específico, en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales porque están interesados en el buen funcionamiento de la vida de la sociedad (artículo 92 LSA)⁹¹³.

Los administradores están legitimados también para impugnar los acuerdos sociales nulos por su función de tutela de los intereses sociales, además que esta facultad constituye una manifestación más de la separación de sus funciones con respecto a la junta general, al mismo tiempo de que no serán exonerados de su responsabilidad por sus actos lesivos por el hecho de que éstos hayan sido adoptados, autorizados o ratificados por la junta general (artículo 133.4 LSA)⁹¹⁴.

Dentro de los terceros con interés legítimo para impugnar un acuerdo nulo están los acreedores sociales (cuando no tuvieran garantizados sus créditos), los obligacionistas, los trabajadores, los titulares de derechos reales que no pueden impugnar por otra vía, los representantes de los accionistas o de los administradores para evitar una posible acción de responsabilidad de su representado y el accionista que hubiera dejado de serlo en el momento de presentar la demanda si tuviera algún tipo de responsabilidad frente al adquirente de las acciones⁹¹⁵.

Por otra parte, al tener legitimación los terceros para impugnar los acuerdos nulos, no se les puede obligar a acudir a la vía arbitral porque ellos no están vinculados por la cláusula arbitral estatutaria, a menos que voluntariamente la suscriban y estén de acuerdo todas las partes del convenio arbitral. En este caso no puede impedírseles a los

⁹¹² SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 402.

⁹¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 404.

⁹¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 406.

⁹¹⁵ PÉREZ DAUDÍ, V., “Legitimación”, ob.cit., pág. 1155.

terceros que insten un proceso de impugnación judicial de acuerdos sociales sobre cuestiones que estatutariamente se prevé su resolución mediante arbitraje, ya que frente a ellos no puede oponerse la declinatoria de jurisdicción, por no estar vinculados por el pacto arbitral; ni la excepción de litispendencia, por no haber identidad subjetiva en ambos procedimientos.

Además, por la naturaleza inicialmente contractual del convenio arbitral, no puede un tercero pretender acogerse a la vía arbitral por su propia voluntad. En este caso será necesario que las partes lo autoricen y todos estén de acuerdo a través de un convenio arbitral *ad hoc*, ya que de no ser así no podrá acudir al arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción ordinaria para resolver sus conflictos. En este caso en concreto, de impugnación de un acuerdo nulo de una sociedad de capital, están los terceros perfectamente legitimados para instarlo, pero no a través de la vía arbitral (artículos 9 LA y 117.1 LSA).

Como ejemplo de un acuerdo social nulo, en el cual los terceros están legitimados para impugnar por la reducción del capital social que implica, está la impugnación de un acuerdo de la junta general en el que se acuerde la exclusión de un socio por meras desavenencias del socio con los administradores, sin que esta causa esté incorporada tampoco en los estatutos con el consentimiento de todos los socios (artículos 56, 98 y siguientes LSRL; 117.1 LSA). En estos casos, como ya se ha repetido a lo largo de este trabajo de investigación, habría que optar por la vía judicial en razón de criterios legales y prácticos. Legales, por cuanto es la única vía que vincula a todos: socios y terceros; y, prácticos, para evitar dos resoluciones paralelas que podrían ser incluso contradictorias, con el consiguiente gasto de recursos y energías, además de que ambas tendrían la eficacia de cosa juzgada con las consiguientes complicaciones⁹¹⁶.

A pesar de contar con legitimación para impugnar los acuerdos nulos, los terceros deberán probar su interés legítimo y esto hace que la más autorizada doctrina afirme que en la práctica han sido muy pocos los asuntos en los que se ha admitido la legitimación de terceros para impugnar un acuerdo social, ya que no basta ese interés

⁹¹⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *ob.cit.*, págs. 55 y ss.

legítimo en impugnar, sino que ese interés legítimo debe probarse, aunque se alegue la defensa del interés social⁹¹⁷.

En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 908/1993, de 9 de octubre, cuando en su fundamento de Derecho sexto señala que “no ha habido inconveniente por la jurisprudencia en admitir la legitimación de los terceros (extraños a la sociedad) para impugnar los acuerdos sociales que fueran radicalmente nulos (con nulidad absoluta o de pleno Derecho), no los meramente anulables, siempre que acreditaran un interés legítimo para dicha impugnación”.

Será competente para conocer la impugnación de acuerdos sociales nulos el árbitro designado por las partes para resolver el conflicto o el Juzgado de lo Mercantil del lugar del domicilio social (artículos 11 LA, 6 y 118 LSA, 86 *ter* 2.a LOPJ).

El laudo o la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible deberá inscribirse en el Registro Mercantil y publicarse un extracto del mismo en el BORME. Si el acuerdo estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo o la sentencia determinarán además la cancelación de su inscripción, así como la de los asuntos posteriores que resultaren contrarios a él (artículo 122 LSA). El laudo o el testimonio judicial de la sentencia firme que declare la nulidad de todos o de alguno de los acuerdos impugnados será título suficiente para la cancelación de la anotación preventiva de la inscripción de dichos acuerdos (artículo 156.2 RRM). Si el acuerdo no fuera inscribible, será suficiente la inscripción del laudo o de la sentencia que declare la nulidad (artículo 122.1 LSA)⁹¹⁸.

Al contrario, la sentencia o el laudo que desestime la demanda de impugnación mantiene la vigencia del acuerdo y produce igualmente los efectos de la cosa juzgada material (artículos 43 LA y 222 LEC)⁹¹⁹.

⁹¹⁷ Sentencia nº 51/2004, de 9 de febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 4ª), fundamento de Derecho tercero en cuanto define el interés legítimo a través de un sistema inductivo, estableciendo que deberá ser real y actual, es decir, un interés en sentido propio, cualificado o específico. SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 407; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

⁹¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 424.

⁹¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 425.

En caso de nulidad relativa y de la anulación, el laudo o la sentencia que las declare tiene carácter constitutivo, por lo que hacen perder al acuerdo su valor a partir de que se dicte el laudo o que la sentencia sea firme, surgiendo una nueva situación jurídica⁹²⁰.

4. Los acuerdos contrarios al orden público como materia indisponible

Los acuerdos contrarios al orden público son aquellos acuerdos cuya nulidad es imprescriptible, que el tiempo no puede sanar porque se trata de acuerdos que versan sobre materia indisponible por los socios por lo que no cuentan con la facultad de subsanarlo o convalidarlo.

Un acuerdo de junta general será nulo con una nulidad radical o de pleno Derecho cuando los socios infringen una norma de orden público, sustraída a la autonomía de la voluntad, produciendo la ineficacia del negocio *ipso iure*, haciendo que éste sea desde su origen inválido e ineficaz⁹²¹. Por tanto, en este caso se trataría de una impugnación de un acuerdo social no susceptible de ser sometida a arbitraje por ser materia no disponible por los socios (artículos 2.1 y 41.1.e LA).

Es importante diferenciar este supuesto, un acuerdo social contrario al orden público, de cuando un laudo es contrario al orden público. En este último caso podría tratarse perfectamente de materia disponible y arbitrable pero que el laudo se adoptó o el procedimiento se siguió faltando al orden público procesal (artículo 41.1.f LA).

Por las características propias de un acuerdo absolutamente nulo puede apreciarse de oficio por los árbitros (artículo 22 LA) o por los jueces, existiendo una legitimación general para alegarlo, por lo que podrá hacerlo cualquiera que tenga interés legítimo y actual. Todo esto por su función de protección del interés general o del orden

⁹²⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 423.

⁹²¹ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 86; DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio jurídico”, ob.cit., págs. 471 y ss.

público, en contraposición a la anulabilidad y a la nulidad “caducable” que pretenden la protección de intereses de una o varias personas⁹²².

Estos acuerdos serán nulos, pero con una nulidad “no caducable”. Serán aquellos acuerdos contrarios al orden público, no sólo en su contenido, sino también en sus fines o motivaciones. Por lo que, tal y como vimos en capítulos anteriores⁹²³, se considerará contrario al orden público aquello que sea contrario a la Constitución o que vaya en contra de los principios configuradores de la Sociedad Anónima o de la Sociedad de Responsabilidad Limitada respectivamente⁹²⁴.

El artículo 116.1 LSA regula los acuerdos que serán nulos de pleno Derecho y que el tiempo no puede sanar, por lo que no se pueden extinguir ni por caducidad ni por prescripción (artículo 6.3 CC)⁹²⁵. Se ha defendido que este artículo debe ser interpretado con criterios restringidos y técnicos, con el fin de no pensar que toda disconformidad con la Ley o toda omisión de las formalidades legales, meramente accidentales, ha de conllevar la sanción extrema de nulidad, que “sólo es procedente cuando medien razones trascendentes que patenten el acto como gravemente atentatorio a la buena fe, la moral o al orden público”⁹²⁶. Con estas restricciones se pretende proteger el tráfico jurídico y, en particular, los derechos e intereses de terceros que se relacionan con la sociedad⁹²⁷.

⁹²² ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., págs. 86 y ss.; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 339.

⁹²³ Ver páginas 36 y siguientes y 245 y siguientes.

⁹²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de acuerdos sociales (acuerdos impugnables)”, ob.cit., págs. 300 y ss.; CABALLO I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1111; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 369; MUÑOZ PLANAS, JM., MUÑOZ PAREDES, JM., “La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje”, ob.cit., pág. 2028; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 150; Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª) 116/2004, de 2 de noviembre, fundamento jurídico primero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) 207/2005, de 7 de abril, fundamento de Derecho tercero.

⁹²⁵ ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 608; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 396.

⁹²⁶ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., págs. 317 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., pág. 549.

⁹²⁷ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., pág. 553.

Este tipo de nulidad tiene efectos *erga omnes*, por lo que como se decía, puede ser alegada u opuesta por cualquier persona y no es posible una confirmación del acuerdo afectado, puesto que no cabe una declaración de voluntad confirmando un negocio al que le falta un elemento esencial. Un acuerdo social afectado por una nulidad radical por ser contrario al orden público está fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, por lo que es insubsanable por el transcurso del tiempo o por acuerdo de partes y conlleva la imposibilidad de confirmación, subsanación o purificación. Además, un acuerdo nulo no puede ser fundamento de ningún efecto negocial y la nulidad de ese acuerdo originaría una reacción en cadena de nulidades y acarrearía la de todo aquello que en dicho acuerdo tuviera su fundamento, se apoyara en él o de él se derivase, ya que tiene efectos retroactivos⁹²⁸.

De esta forma, un acuerdo social será nulo de pleno Derecho cuando vaya en contra del orden público y, más concretamente, en contra del orden público societario y no en contra de cualquier norma imperativa, para las que ya está previsto el remedio legal (la nulidad “caducable”)⁹²⁹.

Se interpretará como orden público societario, en sentido amplio, aquellas prescripciones que protejan a los acreedores de la sociedad, a los accionistas futuros y a los accionistas actuales, cuando se trata de preceptos a cuya protección los interesados no pueden renunciar. Como ejemplo de normas de orden público societario pueden nombrarse las normas que regulan la disolución de la sociedad, en las que incluso en determinadas circunstancias podría intervenir el Gobierno (artículos 260 y siguientes LSA; 104 y siguientes LSRL)⁹³⁰.

⁹²⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., págs. 543; ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 87; DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio jurídico”, ob.cit., págs. 477 y ss.

⁹²⁹ Hay quien sostiene que “el uso, en ocasiones, por el TS de la expresión orden público societario debe entenderse como desprovista de cualquier pretensión de que existe un orden público específico, *ad hoc*, para las sociedades anónimas, debiendo entenderse como una mera licencia expresiva”. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., págs. 549 y ss.; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 344; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., pág. 545.

⁹³⁰ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 345; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007,

Como fundamento de la argumentación que considera que la indisponibilidad de la materia conlleva la inarbitrabilidad de un acuerdo por ser contrario al orden público hay quien afirma que el artículo 6.2 del Código Civil dispone que la renuncia a los derechos reconocidos en la Ley sólo será válida cuando no se contrarie el interés o el orden público ni se perjudique a terceros. Sostienen que esto es el fundamento de cierta doctrina jurisprudencial que excluye del arbitraje los acuerdos nulos contrarios al orden público, manteniendo que este sería el único caso de indisponibilidad previsible. Además, esta parte de la doctrina afirma que la decisión en torno a si el acuerdo contraviene o no el orden público no podrá basarse en una apreciación personal de una de las partes en conflicto, sino que deberá adoptarse por un órgano competente, ya sea el juez o el árbitro⁹³¹.

Estas posturas se fundamentan en las argumentaciones de la tan comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 que declaró que orden público es un límite al arbitraje, pero no en sentido de restringir el ámbito de lo arbitrable, sino que como control posterior del laudo a través de la acción de anulación; además de que el artículo 6.2 del Código Civil “no excluye la renuncia a derechos cuando determinada norma persiga la tutela del interés público; sino cuando la renuncia al derecho contrarie el interés o el orden público o perjudique a terceros, lo que no puede decidirse *a priori* y con carácter general en razón de la naturaleza de determinada norma, sino en atención al caso concreto después del juicio formulado al efecto por el órgano competente, el juez, o en su caso, el árbitro. La conclusión no se hace esperar, las previsiones del art. 6.2 CC no tienen incidencia alguna en la delimitación de la materia arbitrable que se efectúa por la Ley, la LA y la LECiv, con carácter general y en abstracto. La primera dispone que sean susceptibles de someterse a arbitraje todas las materias sometidas al principio dispositivo. La segunda dispone qué materias no están sujetas al mismo. Y entre ellas no se encuentran las relativas a cuestiones societarias. La aplicación al caso del art. 6.2 CC es un *posterius* que requiere la decisión del órgano competente sobre si en concreto, en el caso sometido a su consideración, hay implicada una renuncia a derechos que

3608)”, ob.cit., pág. 545; Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª) 116/2004, de 2 de noviembre, fundamento jurídico primero.

⁹³¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 72.

contraría el interés o el orden público o que perjudica a terceros. Por lo que sólo puede tener trascendencia en el marco de una eventual acción de anulación del laudo”⁹³².

Pero no estoy a favor de esta última postura y me suscribo a la primera expuesta y fundamento mi posición a través de un ejemplo concreto. En el caso específico de la impugnación de acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales, se consideran acuerdos nulos por ser contrarios a la Ley. En el caso de ser ilícito el objeto del acuerdo podrá solicitarse, además de su nulidad, una acción en contra de los responsables e incluso, en determinados supuestos, habrá que acudir a la vía penal.

De acuerdo a los artículos 34 y siguientes del Código de Comercio las cuentas anuales deberán reflejar los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado de flujos de efectivo y la memoria. Deberán redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. Las cuentas anuales deberán ser firmadas por todos los administradores de la sociedad, los cuales responderán de su veracidad (artículos 37 CCom; 366 y siguientes RRM; 171 y siguientes LSA).

Las cuentas anuales y el informe de la gestión deberán ser revisados por los auditores de cuentas, exceptuando de esta obligación a las sociedades que puedan presentar un balance abreviado (artículo 203 LSA). Los auditores deberán comprobar si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio. De su labor responderán civil y penalmente en la forma que establezcan las leyes (artículo 45 Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 19/1998, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas).

El artículo 290 de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, regula el delito en el que incurren los administradores, de hecho o de Derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros

⁹³² GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 72.

documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero. En tal caso serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y con una multa de seis a doce meses. Y si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior⁹³³.

Toda esta normativa nos hace comprender que lo que se busca a través de la formulación y publicación de las cuentas anuales es dar a conocer el estado real de la sociedad, en interés de los propios socios y de terceros. Se trata de hechos objetivos, sobre los cuales las partes no pueden transigir, estando, por tanto, fuera de su libre disposición.

Conforme a este razonamiento, dejando de lado otras posibles causas de impugnación como podrían ser la falta de cuentas o que no estén firmadas las cuentas anuales y el informe de la gestión; si se impugna un acuerdo social de aprobación de balance es porque se presupone que es falso y si es falso constituye un delito por el que deberán responder los administradores sociales. La materia penal está totalmente excluida de la libre disposición de los socios, por lo que se trataría de un asunto inarbitrable. Este es un ejemplo que hace constar que la materia contraria al orden público está fuera de la libre disposición de las partes de un conflicto y por tanto no puede ser objeto de arbitraje. Para esta materia el Estado prevé una vía específica para ser resuelta (la vía judicial), ya que considera que los intereses aquí tutelados solamente pueden ser protegidos adecuadamente por él (artículo 2.1 LA).

En este sentido se ha pronunciado también la doctrina italiana. En ella se defiende que un balance falso constituye un delito, por lo que su impugnación no puede ser objeto de arbitraje; pero algo distinto es el arbitraje aceptando la falsedad del balance como causa de invalidez del acuerdo que ha aprobado el balance mismo. No se tratará en este segundo caso de determinar si es o no un delito, sino que si se está o no

⁹³³ Las cuentas anuales serán falsas únicamente cuando contienen u omiten datos esenciales del estado patrimonial de la sociedad, existiendo una discrepancia sustancial y no accidental entre la situación de la sociedad y la reflejada en el balance, ya que debe reflejar fielmente el contenido y las condiciones de las operaciones económicas o jurídicas, siendo autores de este delito los administradores que conscientes de la falsedad de las cuentas, voten a favor de las mismas y las firmen. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Delitos Societarios”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006, págs. 449 y ss.

en presencia de un acuerdo inválido, porque se ha aprobado un balance no correspondiente con la realidad, que ha violado el principio de veracidad⁹³⁴.

Así, la gran mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia italiana, en este caso en concreto de la impugnación del acuerdo que aprueba el balance (artículos 2423 y siguientes, 2478-*bis* Código civil italiano)⁹³⁵, niegan que sea materia que se pueda arbitrar, ya que se trata de materia indisponible por el socio individual y porque es necesario que el balance contemple una información objetiva e imparcial en beneficio de todos los socios, los acreedores y en general del mercado (artículo 2423 Código civil italiano)⁹³⁶.

5. Consenso en torno a la arbitrabilidad de los acuerdos anulables

Es unánime la doctrina en considerar la anulabilidad de los acuerdos de junta general de una sociedad de capital como materia disponible y por tanto arbitrable. Se trata de un procedimiento en el que están claramente individualizados los legitimados

⁹³⁴ GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, ob.cit., pág. 10; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 218; SOTTORIVA, C., “Chiarezza e precisione del bilancio ed effetti della declaratoria di nullità di delibera assembleare di approvazione”, en *Le Società*, n° 2/2008, pág. 154. En este sentido, en España, MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 461 y ss., cuando comenta en una nota al pie (n° 120) una sentencia (la Sentencia de 19 de diciembre de 1973) en la que se afirma la arbitrabilidad conforme a Derecho de una impugnación de un acuerdo nulo de aprobación de las cuentas anuales y el balance, al considerarlo materia disponible, con anuencia de las partes y con todos los efectos legales y procesales de una sentencia judicial. En este caso en concreto no se alegaba la falsedad de las cuentas y el balance, sino que se impugnaba el acuerdo de la junta de aprobación de los mismos por la falta de participación de uno de los administradores solidarios en su elaboración, siendo además una Sociedad de Responsabilidad Limitada de carácter familiar.

⁹³⁵ Existen pronunciamientos Cass.civ.sez I, 23 febbraio 2005, n. 3772, y Trib. Milano 7.2.2002, in *Giur.it.* 2002, 1014, que defienden la indisponibilidad de los derechos atinentes a la regularidad del procedimiento de aprobación del balance de acuerdo a los principios de claridad, veracidad y rectitud; mientras que el Trib. Milano 10.1.2000, in *Giur.it.* 2000, 1239 sí los considera como derechos disponibles. WEIGMANN, M., “L'arbitrabilità delle controversie”, ob.cit., pág. 3; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 218.

⁹³⁶ ROVELLI, L., “L'arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 922; CARPI, F., ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, ob.cit., pág. 84; TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, ob.cit., pág. 89; BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, ob.cit., pág. 87 y ss.; PESCATORE, S., “La società per azioni”, en *La riforma del diritto societario. Commento al D. Leg. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, dir. V. Buonocore, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pág. 103; STESURI, A., *Gli arbitrati societari*, ob.cit., pág. 135; GIRARDI, C., MENGOZZI, A., “I limiti dell'arbitrato nelle controversie societarie”, ob.cit., pág. 235. Tribunale di Bari, Sez. IV, 21 Giugno 2007, n. 1643. En Derecho italiano se considera la materia societaria arbitrable en general, y se establece como límite al arbitraje la disponibilidad de los socios de la materia mediante la autonomía estatutaria y, por tanto, un derecho es indisponible cuando las partes no pueden derogarlo porque ha sido instaurado en beneficio o protección del interés colectivo de los socios o de los terceros. SANGIOVANNI, V., “L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, ob.cit., pág. 775.

para interponerlo y quienes se verán afectados. Además no tienen legitimación para instar este procedimiento ni se verán afectados los terceros y la Ley ha establecido un plazo muy breve de caducidad, lo cual evidencia su disponibilidad ya que con el simple transcurso del mismo el acuerdo queda convalidado.

Serán anulables los acuerdos que sean contrarios a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, el interés de la sociedad, entendido como la suma de los intereses particulares de los socios (artículo 115.1 LSA)⁹³⁷.

Un acuerdo será anulable cuando infrinja una norma dictada en protección de una persona o de un grupo de personas determinadas y, por tanto, en ciertas circunstancias cuando lesione los derechos de la minoría o el interés social⁹³⁸.

Que los intereses de la sociedad, comunes a todos los socios, se vean afectados en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de un puro interés económico, sino también como cualquier ventaja de carácter político, social o profesional. No es necesario tampoco que la lesión se produzca en el mismo momento del acuerdo, sino que basta con que sea previsible o que constituya un peligro potencial con suficientes posibilidades de realización. La carga de la prueba la soporta quien impugna⁹³⁹.

⁹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 707/2002, de 12 de julio, fundamento de Derecho quinto. La legislación española se ha decantado por la teoría contractualista del interés social en las que se identifica el interés social con el interés común de los socios en su condición de tales, prescindiendo para su definición del interés de otros sujetos que no sean socios, viendo el socio satisfechos sus intereses en la sociedad. COUTINHO DE ABREU, J., “Interés social y deber de lealtad de los socios”, ob.cit., pág. 41; VÁZQUEZ ALBERT, D., “Exclusión del derecho de suscripción preferente”, ob.cit., pág. 1663; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Impugnación de acuerdos sociales (acuerdos impugnables)”, ob.cit., pág. 303; ALONSO LEDESMA, C., *La exclusión del derecho de suscripción preferente en Sociedades Anónimas*, ob.cit., pág. 21; ALCALÁ DÍAZ, M., “El conflicto de interés socio-sociedad en las Sociedades de capital”, ob.cit., pág. 123; BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta general de la Sociedad Anónima”, ob.cit., págs. 219 y ss.

⁹³⁸ ALCALÁ DÍAZ, M., “Revisión del Derecho del socio a la impugnación de acuerdos de la Junta general y tutela de la minoría en la Sociedad Cotizada”, ob.cit., pág. 642.

⁹³⁹ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 340; ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 609; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de acuerdos sociales (acuerdos impugnables)”, ob.cit., pág. 304; DE LA CÁMARA, M., “La competencia de la Junta General de accionistas”, ob.cit., pág. 187. En este tipo de impugnaciones es muy importante la prueba, “pues la confrontación de intereses no es tan apreciable como la vulneración de una Ley o del tenor de los Estatutos Sociales”, BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales: su problemática”, ob.cit., pág. 566; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) 308/2006, de 12 de septiembre, fundamento de Derecho segundo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) 692/2007, de 14 de noviembre, fundamento jurídico segundo.

En los estatutos sociales se establecen las normas que han de regir el funcionamiento de la sociedad (artículo 9 LSA); pero también se podrán incluir todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad, permitiendo de esta manera regular la vida social de acuerdo con la voluntad de los fundadores (artículo 10 LSA).

Conforme a esto, serán normas estatutarias tanto aquellas cuya constancia en los estatutos viene impuesta por la Ley, como aquellas adoptadas por los socios en ejercicio de su autonomía de la voluntad, por lo que si un acuerdo se opone a algunas de ellas será anulable. Es importante recalcar también que durante la vida de la sociedad la junta general cuenta con la facultad de crear y de modificar los estatutos sociales, pero no puede en cambio violarlos⁹⁴⁰.

Si el acuerdo social adoptado es contrario a una cláusula estatutaria que se limita a reproducir un precepto legal imperativo su violación acarrearía la nulidad, en lugar de la mera anulabilidad, en cuanto la infracción no ha sido de los estatutos sino de la norma legal reproducida⁹⁴¹.

La anulabilidad se caracteriza por su carácter constitutivo, es decir, que los acuerdos serán plenamente eficaces mientras que no hayan sido impugnados y un árbitro o un juez hayan declarado el acuerdo anulable. Otra de sus características importantes es la brevedad de los plazos para impugnar (40 días) y la legitimación activa tasada en favor de las personas a las que la norma pretende proteger, las cuales a su vez tienen la posibilidad de confirmar el acuerdo que se pretende anular⁹⁴².

Los acuerdos sociales serán anulables si van en contra de los estatutos, hay abuso del Derecho o van en contra de la lealtad y de la fidelidad del socio. El artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas implica la primacía del interés social frente al

⁹⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 371 y ss.

⁹⁴¹ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 371.

⁹⁴² GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, ob.cit., pág. 330; ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 95; CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, ob.cit., pág. 496; PÉREZ DAUDÍ, V., “Legitimación”, ob.cit., pág. 1151; DE CASTRO Y BRAVO, F., “El negocio jurídico”, ob.cit., pág. 497.

interés personal del socio cuando exista conflicto entre ellos. Si en una situación así no primara el interés social, los demás socios podrán impugnar este acuerdo por ser lesivo para los intereses sociales⁹⁴³.

Para saber si un acuerdo de junta general es lesivo para los intereses sociales deberá determinarse en cada caso concreto, pero existen algunos elementos que pueden ayudar a determinarlo. En primer lugar, un acuerdo será lesivo para el interés social cuando afecte, disminuyendo, de forma reiterada y sin causa aparente, el reparto de los beneficios o a la efectividad de cualquier ventaja comunitaria, cuando signifique un incremento injustificado de gastos, cuando haga asumir a la sociedad gastos que en principio no deben correr por cuenta de la sociedad, o cuando comporte la pérdida de una posición ostentada legítimamente a la cual puede asociarse un valor. Además, es necesario que el perjuicio sea previsible (no es necesario que sea actual), que exista una relación de causalidad entre la lesión del interés social y el beneficio y que se beneficie a uno o varios socios o terceros. Igualmente podrá ser impugnado cuando haya una falta de justificación objetiva del acuerdo, en el sentido que sea desproporcionado por su contenido, injustificado por el momento o a la vista de las necesidades de la sociedad, de las consecuencias y de los argumentos esgrimidos para adoptarlo⁹⁴⁴.

Lo que sí es indispensable es la relación de causalidad entre los beneficios que obtengan uno o varios accionistas o terceros y los daños a la sociedad. Deben darse necesariamente ambos elementos para que el acuerdo sea realmente anulable. Si por el contrario un socio pretende beneficios o ventajas a través de su participación en la formación de la voluntad social, pero esto no tiene efectos negativos en el interés social, no se estaría frente a un acuerdo anulable. Tampoco será anulable el acuerdo que

⁹⁴³ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 167; en este sentido CABALLOL I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1114, cuando dice que la impugnación de acuerdos por lesionar los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas o terceros se ha pretendido que sea un mecanismo de defensa de las minorías frente a las mayorías, “pero lo cierto es que las minorías de accionistas, por el solo hecho de serlo, no precisan de ninguna protección en el seno de las sociedades de capital. Los que sí precisan ser defendidos son el interés común de los accionistas, que se halla en la base del negocio por el cual adquieren la condición de accionista, y el principio de no discriminación de los accionistas de la misma clase, porque ambos aspectos constituyen el fundamento y el límite de la vinculación del accionista al criterio de la mayoría”.

⁹⁴⁴ CABALLOL I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, ob.cit., pág. 1115; Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª) 116/2004, de 2 de noviembre, fundamento jurídico primero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) 207/2005, de 7 de abril, fundamento de Derecho quinto.

provoque daños al interés social pero por otros motivos distintos al ejercicio del derecho de voto por el socio beneficiado del acuerdo⁹⁴⁵.

Por lo tanto, el acuerdo es lesivo para la sociedad cuando el daño es previsiblemente efectivo y existe una relación de causalidad entre la lesión del interés social y el beneficio experimentado por el socio o los socios. El carácter lesivo debe probarse, no basta la mera alegación; aunque no es necesario que la lesión sea inmediata y presente, sino que puede ser futura o puede ser un peligro potencial de daño, por lo que no es necesario tampoco que el beneficio de uno o varios accionistas o terceros sea inmediato⁹⁴⁶.

Los acuerdos anulables que se opongan a los estatutos o lesionen en beneficio de uno o varios socios o terceros los intereses de la sociedad, caducarán en el plazo de 40 días (artículo 116.2 LSA). El plazo se cuenta por días naturales, a partir del día siguiente de la fecha de adopción del acuerdo y, si fuera inscribible, desde su publicación en el BORME. Trascurrido ese tiempo quedarán convalidados⁹⁴⁷.

Estarán legitimados para impugnar un acuerdo anulable todos los socios asistentes a la junta que hubiesen votado en contra del acuerdo y así lo hubiesen hecho constar en el acta, los ausentes, los ilegítimamente privados del derecho de voto y los administradores (artículo 117.2 LSA)⁹⁴⁸.

En este caso, a diferencia de la acción de nulidad, es necesario que los socios tuviesen esa condición en el momento de la adopción del acuerdo, ya que se habla de

⁹⁴⁵ GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, ob.cit., págs. 326 y ss.; ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 185; en el mismo sentido BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales: su problemática”, ob.cit., pág. 567; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 707/2002, de 12 de julio, fundamento de Derecho quinto.

⁹⁴⁶ CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, ob.cit., pág. 820; URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 340; VILALTA, E., MÉNDEZ, R., *Impugnación de acuerdos sociales en S.A. y S.L.*, ob.cit., pág. 8; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 373.

⁹⁴⁷ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 321; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., págs. 395 y ss.

⁹⁴⁸ URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 349; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 401; GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, ob.cit., págs. 330 y ss.

socios y en ningún caso se confiere legitimación a terceros. No estará por tanto legitimado para impugnar el acuerdo quien adquirió la condición de socio después de la adopción del acuerdo, ya que no reúne ninguno de los requisitos que exige la Ley para poder impugnar los acuerdos anulables⁹⁴⁹.

Además, no pueden ser simplemente accionistas o socios los legitimados para impugnar, sino que tienen que cumplir con los requisitos de haberse opuesto al acuerdo, haber votado en contra y haberlo hecho constar, o no haber estado presentes (estando legitimado para asistir), o que se les haya privado ilegítimamente de su derecho de voto; para lo cual deberá probar la privación por parte de la presidencia o de quien impida su voto. Es necesario ejercitar el derecho de voto y votar en contra del acuerdo con el que no se está de acuerdo, ya que quien se abstiene de votar, vote en blanco o emita un voto nulo no podrá considerarse después como disidente o disconforme⁹⁵⁰.

No basta por tanto con ser accionistas o socios lo que, aunque es indispensable, requiere que se cumplan simultáneamente las circunstancias antes expresadas⁹⁵¹. Salvo los accionistas o los socios sin derecho de voto y los administradores, los demás asistentes a la junta sin derecho de voto, tales como el comisario del sindicato de obligacionistas, los directores, los gerentes, los técnicos y las demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales y hayan sido autorizados para asistir a la junta con voz pero sin voto, no están legitimados para impugnar el acuerdo que consideran anulable (artículo 104 LSA)⁹⁵².

En cambio, sí estarán legitimados los herederos y los adquirentes por transmisión *inter vivos* del accionista que interpuso la acción de impugnación, porque

⁹⁴⁹ GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, ob.cit., pág. 331; Ávila Navarro, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 613; CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, ob.cit., págs. 848 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Capítulo XI, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano, J. Rodríguez Martínez, J. Barba de Vega, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, ob.cit., págs. 313-314.

⁹⁵⁰ CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, ob.cit., pág. 492; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., págs. 408 y ss.

⁹⁵¹ CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, ob.cit., pág. 510.

⁹⁵² URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 353; en el mismo sentido BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 207.

en estos casos hay un cambio subjetivo y las acciones (o participaciones en su caso) transmiten a su adquirente la condición de su anterior titular (los derechos y las obligaciones)⁹⁵³.

Los administradores se encuentran también legitimados para impugnar los acuerdos que consideren anulables; no así el director general, el gerente, el apoderado o cualquier otro sujeto no socio. En el caso del administrador no es necesario que se hubiera opuesto al acuerdo, ni que, si a su vez es accionista, haya votado en contra, ya que la decisión de impugnar será independiente de su condición de accionista, porque su deber como administrador está encima de los intereses particulares de los socios⁹⁵⁴.

La legitimación reconocida a los administradores busca la protección del interés social y de la legalidad de los acuerdos adoptados, ya que aunque los socios adoptasen por unanimidad los acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos o renunciasen a la impugnación de un acuerdo, no por eso se sanaría la invalidez del acuerdo, que deberá ser impugnado por los administradores en interés de la sociedad⁹⁵⁵.

Por otra parte, los accionistas o los socios que hubieran votado a favor del acuerdo podrán intervenir, a su costa y en calidad de coadyuvantes, para que el acuerdo se mantenga, para lo cual deberán acreditar tener un interés legítimo y directo en el resultado del pleito (artículos 117.4 LSA y 13 LEC). Con el fin de hacer eficaz esta posibilidad, podría preverse en los estatutos sociales la obligación de los administradores de poner en conocimiento a todos los socios del proceso de impugnación iniciado en contra de un acuerdo que se considera anulable, con el fin de que si éstos consideran oportuno participen en el proceso⁹⁵⁶.

Esta posibilidad de incluir una cláusula estatutaria que obligue a los administradores a dar a conocer a todos los socios de un proceso de impugnación en

⁹⁵³ ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., págs. 613-614.

⁹⁵⁴ ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 616.

⁹⁵⁵ BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 208; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 413.

⁹⁵⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, ob.cit., pág. 331; VILALTA, E., MÉNDEZ, R., *Impugnación de acuerdos sociales en S.A. y S.L.*, ob.cit., pág. 12; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 414.

trámite sería también deseable en un posible proceso arbitral, ya que en este caso específico de los acuerdos anulables, si todos los legitimados para impugnar estuviesen informados del proceso, tendrían la facultad de intervenir y no se verían sorprendidos en el resultado, sino que estarían, al igual que en cualquier procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, vinculados por el laudo arbitral que se dictara, pero además con pleno conocimiento del proceso y habiendo podido intervenir, cumpliéndose plenamente la protección y la tutela jurídica que el ordenamiento establece como norma básica y derecho de todo ciudadano.

IV. Las perspectivas que ofrece el arbitraje sobre la validez de los acuerdos sociales en función del tipo fáctico y/o normativo de que se trate

1. Las sociedades cerradas como sede idónea de la cláusula arbitral para resolver los conflictos intrasocietarios. Especial referencia a las sociedades de carácter familiar

Las sociedades cerradas constituyen la mayoría de las sociedades mercantiles españolas. Se caracterizan por tener un número reducido de socios, los cuales generalmente tienen vínculos familiares, con una participación activa en la vida social; existe una estrecha relación entre la propiedad y la gestión, y las características personales de los socios son importantes; además de que, generalmente, la transmisibilidad de la condición de socio está restringida⁹⁵⁷.

El tipo normativo que, ofreciendo las ventajas de una sociedad de capital (la limitación de responsabilidad, sobre todo) se adecua mejor a los intereses de los socios en una sociedad “cerrada”, sería la Sociedad de Responsabilidad Limitada, precisamente el más frecuentemente empleado en la práctica. Pero la flexibilidad del tipo Sociedad Anónima en el Derecho español, permite también la existencia de “pequeñas Sociedades

⁹⁵⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, ob.cit., pág. 32; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 140; VIERA GONZÁLEZ, AJ., *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, ob.cit., págs. 29 y ss.

Anónimas”, con pocos socios y con restricciones a la transmisibilidad de las acciones, y que viven al margen de los mercados de valores⁹⁵⁸.

La Sociedad de Responsabilidad Limitada se creó como un instrumento jurídico para las empresas de menores dimensiones que las que optaban por la Sociedad Anónima. Esta sociedad cuenta con elementos personalistas, tiene la posibilidad de adecuar su organización interna a los intereses de los socios, un capital mínimo y un número de socios menor y con la prohibición de emitir obligaciones (artículo 9 LSRL); pero a su vez, se caracteriza por la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capital. Por estas características, la doctrina y la jurisprudencia de manera pacífica suelen aceptar la arbitrabilidad de las controversias que surjan dentro de ellas, no así en las sociedades abiertas⁹⁵⁹.

La doctrina española tradicional ha apoyado el arbitraje como solamente factible en aquellas sociedades familiares o en aquellas sociedades cerradas de base contractual, debido al grado de importancia del elemento personal y a la solidaridad de intereses, con el mismo límite de la disponibilidad de la materia objeto del arbitraje. En estas sociedades, de base personalista, la sociedad como persona jurídica está vinculada a las vicisitudes de los socios y el interés social está íntimamente relacionado con el interés común de los socios y no con un interés “independiente” de la persona jurídica en sí⁹⁶⁰.

Argumentos más recientes sostienen que en este razonamiento hay que tener también en cuenta la realidad societaria española, en la que predomina la sociedad cerrada.

⁹⁵⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima – Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., págs. 38 y ss.; VIERA GONZÁLEZ, AJ., *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, ob.cit., págs. 33 y ss.

⁹⁵⁹ CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 114 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 140; BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 115; VIERA GONZÁLEZ, AJ., *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, ob.cit., pág. 45.

⁹⁶⁰ MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 380 y ss.; MUÑOZ PLANAS, JM., MUÑOZ PAREDES, JM., “Impugnación de Acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., págs. 1994 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6945; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 151.

Las características propias de las sociedades cerradas hacen que sean la sede adecuada para insertar en sus estatutos una cláusula arbitral para resolver sus futuros conflictos intrasocietarios; sin que hayan problemas ni de oponibilidad de la cláusula arbitral y posteriormente del laudo, como tampoco de legitimación para impugnar, ya que estos procedimientos afectarán únicamente a la sociedad y al socio involucrado o, en su caso, a todos los socios, pero por sus características esenciales, serían todos ellos plenamente identificables y sus consecuencias serían “controlables”⁹⁶¹.

Desde el punto de vista práctico, es muy común que la cláusula arbitral se inserte en los estatutos de las sociedades cerradas (Sociedades de Responsabilidad Limitada o “pequeñas” Sociedades Anónimas), ya que se busca la armonía y la confianza mutua necesaria para el buen desenvolvimiento de la vida de la sociedad y la efectiva consecución del fin social.

El arbitraje proporciona una mayor discreción de los asuntos tratados, celeridad y economía procesal en la tramitación, provocando a su vez una mayor distensión y acercamiento de los socios en conflicto que el que se produciría en un proceso judicial. Un proceso judicial ordinario de impugnación de un acuerdo social podría tener una duración indefinida y dependiendo de la importancia del acuerdo podría afectar, o incluso paralizar, el funcionamiento de la sociedad. En cambio, a través de un arbitraje se podría llegar a una solución vinculante, con todos los efectos jurídicos correspondientes, sin las desventajas que generaría el procedimiento judicial ordinario⁹⁶².

En el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, de la “pequeña” Sociedad Anónima o de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, no considero que pueda existir ninguna limitación para introducir la cláusula compromisoria en sus estatutos, dadas sus características y principios configuradores asentados en su naturaleza contractual, la autonomía de la voluntad, el carácter personalista y, por ende, con un régimen más flexible para su regulación. La importancia de las características

⁹⁶¹ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 180.

⁹⁶² MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, ob.cit., págs. 383 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6946.

personales de los socios y de su número reducido hace que la vía arbitral sea el medio idóneo para resolver sus conflictos sin ocasionarle gastos excesivos, mala publicidad innecesaria o paralización orgánica ya que, por su propia naturaleza y organización, las situaciones conflictivas son incompatibles con su correcto funcionamiento⁹⁶³.

Pero por el contrario, también hay que tener en cuenta que para las pequeñas y medianas empresas (en adelante PYME)⁹⁶⁴, dentro de las cuales se pueden clasificar la mayoría de las sociedades cerradas, el arbitraje puede resultar un medio realmente caro, por lo que para determinados asuntos no sería un proceso ventajoso con relación a la jurisdicción ordinaria⁹⁶⁵. Sería ventajoso, podría decirse, en cuanto a la celeridad y a la especialidad de sus árbitros, pero podría resultar desproporcionado el gasto que debería hacer la sociedad con relación al conflicto concreto que está en litigio. Esto porque en la práctica del arbitraje existen unos gastos fijos que deben cubrir las partes y en ocasiones puede que solamente estos excedan del valor fijado para el pleito⁹⁶⁶.

⁹⁶³ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima – Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 38; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., pág. 119; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 40, cita como en el año 2005, según el Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el número de Sociedades de Responsabilidad Limitada alcanzaba un total de 918 449 sociedades, lo que constituía el 88,32% de las sociedades de capital constituidas; MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 384 y ss.; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

⁹⁶⁴ Según el *Retrato de las PYME 2009*, elaborado por la Dirección General de Política de la PYME, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en <http://www.ipyme.org/IPYME/es-ES/Publicaciones/estadisticas/>, enero de 2009, [fecha de consulta 24 de julio de 2009], el 1º de enero de 2008 había en España 3 414 779 PYMES, que representan el 99,86% del total de las empresas encuestadas. Los tipos sociales escogidos por estas empresas son en primer lugar la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la Sociedad Anónima y actualmente la Sociedad Limitada Nueva Empresa, que está tomando el relevo a las sociedades civiles por las que optaban principalmente trabajadores autónomos. SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 436, menciona que de acuerdo con el Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, las SRL existentes en España en 2006 eran 918 449, de las cuales son titulares de pequeñas y medianas empresas.

⁹⁶⁵ Hay que tener en cuenta que tal y como afirma VIERA GONZÁLEZ, AJ., *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, ob.cit., pág. 58, “no es cierta la equivalencia entre sociedad de capital cerrada y pequeña o mediana empresa. Los supuestos de sociedades de capital cerrada suelen coincidir, en el plano económico, con una empresa de pequeña o mediana dimensión, pero no hay ningún impedimento para configurar una sociedad de capital personalista con gran potencial económico; de hecho en la práctica muchas de las filiales de las grandes corporaciones reúnen las características de una sociedad de este tipo. La calificación de una empresa como pequeña, mediana o grande y la caracterización de su titularidad como cerrada o abierta se desenvuelve en planos distintos –el primero en lo económico el segundo en lo jurídico- que no presuponen necesariamente una vinculación entre ambos, de modo que dado uno de ellos automáticamente deba presuponerse el otro”.

⁹⁶⁶ Entrevista realizada en la Corte Española de Arbitraje a MARÍA ARIAS, letrada de la Corte, 17 de junio de 2009.

Por estas consideraciones y por la especial repercusión que este procedimiento alternativo a la jurisdicción puede tener en las sociedades cerradas con tintes familiares será necesario hacer un estudio especial de las sociedades de carácter familiar en cuanto a la arbitrabilidad de sus conflictos intrasocietarios.

Es importante aclarar que no todas las sociedades familiares son sociedades cerradas, aunque un gran número de ellas se encuentran dentro de esta clasificación y por ello se estudiarán en este apartado.

Las sociedades de carácter familiar son un tipo fáctico complejo, reguladas también desde el punto de vista económico y, a su vez, tienen una gran cantidad de implicaciones sociales al afectar directamente a la base de la misma: la familia.

Las sociedades de carácter familiar constituyen un altísimo porcentaje del sistema empresarial en España. Representan entre un 65% y un 70% del Producto Interno Bruto; brindan alrededor del 80% de los empleos, además de una gran oportunidad de desarrollo, diversificación de los productos que se ofrecen al mercado y muchas se proyectan internacionalmente a través de la exportación⁹⁶⁷. Como es evidente, no todas estas sociedades de carácter familiar son sociedades cerradas, aunque la gran mayoría se ubican dentro de las PYME. Aún así el 17% de las empresas españolas más grandes son sociedades de carácter familiar⁹⁶⁸.

Una aproximación al concepto de sociedad de carácter familiar podría ser: aquella sociedad mercantil cuya principal actividad es la producción o comercialización de bienes y servicios, que cuenta con un componente familiar importante en el control, dirección, propiedad o fundación, que se rige por normas o códigos familiares y tiene una clara visión de continuidad a través de sus descendientes; existiendo una relación estrecha entre familia y empresa⁹⁶⁹.

⁹⁶⁷ Documento de Trabajo del Coloquio Europeo sobre Empresa familiar, celebrado en el Palacio de Aranjuez, el 24 de febrero de 2002. En: <http://www.ipyme.org> Donde se expone como más del 85% de las empresas españolas tienen esta connotación, más del 90% de las estadounidenses, y en resto de los países supera el 60 %.

⁹⁶⁸ MATO RODRÍGUEZ, J., “Ponencia en las Cortes Generales 8 de febrero de 2001”, en *Boletín Oficial de la Cortes del Senado*, <http://www.senado.es>, nº 312, VII Legislatura, Serie I: Boletín General, 23 de noviembre de 2001, [fecha de consulta 8 de febrero 2004].

⁹⁶⁹ GHIDINI, M., *L'impresa familiare*, ob.cit., págs. 9 y ss.; PANUCCI, V., *L'impresa familiare*, 2ª Ed., Giuffrè Editore, Milano, 1981, pág. 28; GALLO, MA., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, en *La*

En estas circunstancias, el arbitraje se presenta como un instrumento muy atractivo y eficaz para la buena marcha de las sociedades con estas características. En ellas existe una gran capacidad de comunicación, las decisiones están centralizadas, no hay intervención de burocracia, lo que posibilita que los conflictos sean resueltos a través del arbitraje conservando su naturaleza y beneficiándose de sus ventajas frente a la jurisdicción. Además, los problemas que se presenten involucran más elementos que los meramente societarios y a través de un procedimiento de carácter jurisdiccional, pero con un origen contractual permite adecuar la forma de solucionar sus litigios a la naturaleza de esta institución, dañando lo menos posible la relación sociedad-familia⁹⁷⁰.

empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar, dir. VM. Garrido de Palma, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, 1995, pág. 49; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A., “La organización del grupo familiar de empresas”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n° 12, 3ª época, Mayo, Madrid, 1999, pág. 109 y ss.; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “La empresa familiar: notas introductorias”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n° 12, 3ª época, Mayo, 1999, pág. 11; CERDÁ ALBERO, F., “La empresa familiar: una noción relativa”, en *El buen gobierno de las empresas familiares*, Cuatrecasas, Editorial Thomson-Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pág. 91; VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la Sociedad Familiar”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 5, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 29; GALLO, MA., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, ob.cit., pág. 50; LANK, A., “El futuro de las Empresas Familiares”, en <http://www.iefamiliar.com>, Instituto de la Empresa familiar, 16 de noviembre de 1993, [fecha de consulta 10 de febrero de 2004]; FERNÁNDEZ GIMENO, J., y otro, *La empresa familiar*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. pág. 210; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, 2000. pág. 19; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “La muerte del socio en la sociedad familiar de responsabilidad limitada”, en *Estudios sobre la Sociedad Anónima II*, dir. V. Garrido de Palma, Vol. II, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 485. La Empresa Familiar en la etapa inicial, como forma organizativa presenta características del clan: valores propios del grupo familiar de tipo afectivo, normas de reciprocidad y de desarrollo del grupo por encima de deseos de superación personal. Se valorará más en esta etapa el cumplimiento de estos valores propios y la pertenencia al grupo sobre las cualidades profesionales. MASTROBERARDINO, P., *Significato e ruolo dei clan familiari nel governo dell'impresa*, Vol. 25, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1996, pág. 18. En este sentido, el artículo 1.3.e. del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, excluye del ámbito regulado por esta Ley: *los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.*

⁹⁷⁰ Los problemas que tienen una mayor repercusión en las pequeñas y medianas empresas familiares, generalmente se originan en el carácter cerrado de su estructura, que la práctica ha demostrado que llevan a que sólo el 40% de las empresas familiares alcancen la segunda generación y únicamente el 15% la tercera. El resto de empresas, o cierran o son vendidas, en muchas ocasiones por problemas familiares que se extrapolan a la empresa o por falta de competitividad. AA.VV., “Conociendo las particularidades de la empresa familiar”, en http://www.improven-consultores.com/paginas/documentos_gratuitos/documentos.php, [fecha de consulta 8 de febrero de 2004]. En este sentido también AA.VV., “Documento de Trabajo del Coloquio Europeo sobre Empresa familiar”, celebrado en el Palacio de Aranjuez, el 24 de febrero de 2002, en <http://www.ipyme.org>, [fecha de consulta 8 de febrero de 2004]. Es necesario mencionar que un problema muy grave que afecta también a las empresas familiares es la continuidad generacional, para el cual la cláusula arbitral inserta en el Protocolo familiar, en los estatutos o la cláusula arbitral testamentaria presentan una solución viable.

Las sociedades de carácter familiar tradicionalmente se han constituido como Sociedades Anónimas o de Responsabilidad Limitada, principalmente por razones de prestigio social, la limitación de la responsabilidad y de objetivación de la actividad empresarial, aunque, como se ha dicho estén caracterizadas por un número reducido de socios, unidos entre sí por lazos familiares y donde el *intuitus personae* es esencial⁹⁷¹.

Como ejemplo de los mecanismos utilizados por quienes pretenden constituir una Sociedad Anónima de carácter familiar con el fin de proteger los intereses familiares y que la gestión y la dirección estén a cargo de miembros de dicha familia, puede preverse que existan restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones (artículos 9.k, 52, 63 y 64 LSA). Esto es lo que ocurre en las Sociedades de Responsabilidad Limitada en las que será nula la cláusula que haga prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* a quienes no sean socios, el cónyuge, ascendientes o descendientes del socio o a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. En estos supuestos se tiene como premisa un procedimiento específico de comunicación por escrito a los administradores del deseo del socio de transmitir su participación, de la identidad del adquirente y del precio, lo cual deberá someter a consentimiento de la junta general a través de la mayoría correspondiente. La sociedad podrá negarse a aceptar dicha transmisión siempre y cuando cumpla con los requisitos que establece la Ley (artículos 29 y siguientes LSRL)⁹⁷².

Para esta realidad concreta, de las sociedades de carácter familiar principalmente, se creó la Sociedad Limitada Nueva Empresa. Se intentó responder a una realidad: la existencia de un gran número de pequeños y medianos empresarios que buscan tener un amparo legal que se adapte mejor a sus necesidades.

La Sociedad Limitada Nueva Empresa tiene un objeto social que beneficia a las empresas familiares (artículo 132 LSRL). Al ser amplio y genérico, permite una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades diferentes, sin tener que acudir a la

⁹⁷¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1977, pág. 142; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Sociedad de Responsabilidad Limitada y Empresa Familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 21, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 18 y ss.

⁹⁷² Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil) 2/2005, de 4 de mayo, fundamento de Derecho quinto.

modificación del objeto social, como ocurre en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, en caso de expansión del negocio o especialización. Otro elemento que se considera dirigido a las pequeñas empresas familiares es el capital social (artículo 135 LSRL). Se pone un mínimo y un máximo, que limita estas nuevas empresas a ser únicamente de pequeña o mediana dimensión (PYME). Esto es un beneficio para las sociedades que se encuentran dentro de estos márgenes, pero no lo es para todas las sociedades de carácter familiar, ya que, tal y como se puso en evidencia anteriormente, el hecho de ser familiar no es un determinante en el tamaño o dimensión de la sociedad.

Y dentro de estas sociedades, con sus características de cerrada, capital limitado, número de socios limitado (no podrán superar el número de cinco al tiempo de su constitución, artículo 133 LSRL) se previó como método idóneo de resolución de sus conflictos el arbitraje, como vía alternativa a la jurisdicción, por considerar que se adecua más a las necesidades y requerimientos de este tipo social⁹⁷³.

En el Derecho comparado también encontramos ejemplos concretos de esta realidad. En Italia, por ejemplo, cada año nace un gran número de pequeñas y medianas empresas de carácter familiar⁹⁷⁴.

El artículo 230 *bis* de su Código Civil regula el carácter personalista y cerrado de la empresa familiar. Se dispone la prohibición de transferir sus participaciones, salvo que esta sea a favor de familiares legítimos, el cual requiere además el consentimiento de todos los participantes⁹⁷⁵.

⁹⁷³ Ver páginas 233 y siguientes.

⁹⁷⁴ Este tipo de estructura ha hecho que sea considerado uno de los países más industrializados del mundo. Aquí operan alrededor de 3.5 millones de empresas, de las cuales 550 000 son empresas industriales. La mayoría de estas nuevas empresas son de origen familiar, es decir, nacen controladas por un grupo familiar. Por esto, se dice que Italia es un país con “vocación empresarial”; esa vocación es parte de la cultura italiana, caracterizada además por el individualismo, el gusto por los productos nuevos, el amor al riesgo y la tendencia al ahorro. CORBETTA, G., *Le medie imprese. Alla ricerca della loro identità*, Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell’Università Bocconi e Giuffrè editori S.p.A, Milano, 2000, págs. 7 y ss.

⁹⁷⁵ LEVIS, M., y otro, *L’impresa familiare*, Il Sole 24 ore, Milano, 1999, págs. 1 y ss.; AMOROSO, G., “L’impresa familiare”, en *Collana di Diritto di Famiglia*, diretta da Fulvio Uccella, Gli orientamenti dei Tribunali, Itinerari della giurisprudenza, Volumen 4, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1998, pág. 5. No solamente se requiere que los familiares realicen trabajos directamente en la empresa que se considera familiar, sino que con el artículo 230 *bis* Código Civil italiano, se busca tutelar también el trabajo de los familiares en el ámbito “familiar”, ya que de esta manera colaboran a que el trabajo del resto de los miembros se pueda llevar a cabo efectivamente en la empresa. Así, estos otros miembros que ayudan indirectamente, también tienen derecho a las ganancias de la empresa y existe consecuentemente

Pero en Italia se regula la empresa familiar no como una realidad mercantil, sino como una realidad familiar, ubicándola dentro del Derecho de familia con el fin de tutelar el trabajo de familiares de forma paritaria (artículo 230 *bis* del Código Civil italiano)⁹⁷⁶.

A través de la regulación de la empresa familiar en Italia se busca el reconocimiento de los derechos de los familiares que participan en la sociedad ya sea a través de aportaciones económicas o de trabajo, que antes de esta regulación se entendían como gratuitas –*affectionis vel benevolentiae causa*- o no se les otorgaba los derechos correspondientes⁹⁷⁷.

la obligación de su manutención. GHIDINI, M., *L'impresa familiare*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1977, pág. 23.

⁹⁷⁶ BALESTRA, L., “L'impresa familiare”, en *Il Diritto privato oggi*, serie a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, Milano, 1996, págs. 7 y ss. Como antecedente directo se encuentra la *comunione tacita familiare*, que consistía en un grupo familiar que tenía una comunidad de trabajo y de intereses. Esto se desarrolló como uso local y principalmente en la agricultura. Se diferencia este instituto de la empresa familiar regulada en el artículo 230 *bis* del Código Civil italiano, en que aquí podían participar no sólo los cónyuges y los parientes hasta el tercer grado y segundo grado por afinidad, sino que otros familiares e incluso extraños ligados por un vínculo de convivencia que, conforme a los usos, son titulares de los mismos derechos y obligaciones que los propios familiares. Tienen participación en los dividendos también los menores de edad que participan en el trabajo doméstico; funcionan en razón de la *affectio familiae*, en vez de la *affectio societatis*; y no está regulado legalmente, sino por usos. PANUCCIO, V., *L'impresa familiare*, Segunda Edición, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pág. 25. Otra de las principales diferencias entre estos dos institutos es que en la *comunione tacita familiare* la principal actividad es la agricultura, mientras que *l'impresa familiare* puede dedicarse a actividades agrícolas, de comercio, etc. ANDRINI, M., “L'impresa familiare”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia. Diretto da Francesco Galgano*, Volumen 11, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1989, pág. 66.

⁹⁷⁷ Para ellos el elemento esencial de *l'impresa familiare* es que en ella trabajen la esposa, los hijos y los parientes hasta el tercer grado. Está así reglamentado el trabajo continuado de un sujeto (no de forma esporádica) en una empresa, a favor de un “emprendedor” unido a él por vínculos de matrimonio, de parentela hasta el tercer grado o de afinidad dentro del segundo grado. Será un “instituto de tránsito” y residual hacia una de las formas colectivas previstas en su Código Civil. A su vez, la norma prevé el derecho de sustento (según la condición patrimonial de la familia o la empresa) y la participación en los dividendos de la empresa familiar y de los bienes adquiridos por ella así como a los incrementos del patrimonio, aunque en razón de la calidad y cantidad del trabajo prestado. Se considera empresa familiar solamente cuando las partes no hayan configurado expresa o tácitamente otra institución típica de Derecho, de acuerdo con sus necesidades. COLUSSI, V., “Impresa e Famiglia”, en *I quaderni dell'istituto giuridico italiano*, Vol. 2, Casa Editrice Dott. Antonio Milano, Padova, 1985, pág. 65. Ejemplos de estas otras formas bajo las cuales se pueden constituir diferente a la empresa familiar, sería por ejemplo, las relaciones laborales de subordinación entre el titular y los familiares empleados, con todas sus implicaciones. Otra forma diferente será cuando se constituya dentro de algún modelo de Sociedad de personas típica. Se concibe como empresa familiar atípica cuando existen socios no miembros de la familia, implicados en la administración y gestión; cosa diferente sería cuando la empresa, ya formada, debe acudir a terceros como medio de financiación ya que no es posible obtenerlo de los familiares. GHIDINI, M., *L'impresa familiare*, ob.cit., págs. 43 y ss., 92 y ss., 107 y ss. La jurisprudencia ha dicho que no puede invocarse una Empresa Familiar cuando ésta se ha constituido bajo otro tipo negocial. AMOROSO, G., “L'impresa familiare”, ob.cit. pág. 9; Levis, M. y otro, *L'impresa familiare*, ob.cit., pág. 77; PANUCCIO, V., *L'impresa familiare*, ob.cit., pág. 5; CECCO, M., *L'economia italiana negli ultimi trent'anni*, en www.unipv.it/iuss/sus/dececco_3.htm, Scuola Universitaria Superiore, Università degli Studi di Pavia, [fecha de consulta 12 de marzo de 2004].

Pero aún así, estas características de las sociedades cerradas fue lo que hizo también que el legislador italiano circunscribiera el arbitraje a las sociedades que no recurren al mercado de valores, por considerar que a los socios de las sociedades cotizadas en bolsa o con sus acciones difundidas entre el público en una medida relevante les falta el *affectio societatis*, elemento esencial de toda sociedad, al estar interesados únicamente en el rendimiento económico de sus acciones y no en la gestión de la sociedad (artículos 34.1 D. Leg. 5/2003 y 2325-*bis* Código civil italiano)⁹⁷⁸.

2. Posibilidad, vinculación y efectos del arbitraje en las grandes sociedades de capital. Especial referencia a las sociedades cotizadas

Es un hecho que dentro de la denominación Sociedad Anónima se comprenden varias realidades societarias distintas. Esto es lo que la doctrina ha llamado como la “polivalencia funcional de las Sociedades Anónimas”⁹⁷⁹.

A lo largo de este trabajo se ha venido hablando de las “pequeñas” Sociedades Anónimas, de las “grandes” Sociedades Anónimas y de las Sociedades Cotizadas. Esto hace evidente que el tipo normativo o legal de Sociedad Anónima ha servido para realidades asociativas y empresariales diferentes. Ya me referí a las sociedades cerradas, por lo que únicamente se estudiará en este apartado a las “grandes” Sociedades Anónimas y a las Sociedades Cotizadas o sociedades abiertas, cuyas acciones están admitidas a cotización en un mercado secundario oficial, con un número elevado de accionistas, con una fungibilidad de la condición de socio y que están caracterizadas por la separación entre la propiedad y el control⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ Ver páginas 135 y siguientes.

⁹⁷⁹ MUÑOZ PLANAS, JM., MUÑOZ PAREDES, JM., “La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje”, ob.cit., págs. 2021 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima-Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 44; VIERA GONZÁLEZ, AJ., *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, ob.cit., pág. 50; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., págs. 38 y ss., y 46 y ss. Cita como a finales del año 2005, conforme al Directorio Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística, el número de sociedades anónimas era de 121 441.

⁹⁸⁰ ALONSO LEDESMA, C., “Sociedad Cotizada”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid, 2006, págs. 1119 y ss.; Artículo 366 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, ob.cit., págs. 33 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima – Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 38.

En el caso de las grandes sociedades de capital bursátil o cotizadas predomina el elemento institucional sobre lo contractual, separándose totalmente el ente creado de quienes lo fundaron, sin que las características o circunstancias personales de los accionistas sean importantes en su desarrollo y funcionamiento. Estas sociedades se caracterizan por un número amplio y disperso de accionistas, los cuales no están interesados en la gestión de la sociedad ni en el ejercicio de sus derechos políticos, sino que se convierten en inversores solamente interesados en rentabilizar los beneficios que sus valores puedan generar. Por todo esto, presentan un matiz “público” que requiere de una protección o tutela especial de los intereses de los accionistas, a través de normas imperativas contenidas en la Ley del Mercado de Valores y el control de su cumplimiento por la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁹⁸¹.

Las sociedades cotizadas establecen todo un sistema de protección hacia los socios inversores, por considerarlos sujetos dignos de tutela. En estas sociedades el deber de información tiene especiales características, ya que el interés público adquiere especial relevancia. En el momento en que la Sociedad Anónima adquiere la condición de cotizada debe proporcionar constantemente información sobre su estructura y situación patrimonial a futuros inversores que se transformarán en accionistas, siendo la sociedad y sus administradores responsables por los daños y perjuicios que pudieran causar por errores cometidos en dicha información hecha pública⁹⁸².

Estas sociedades tienen la obligación de difundir cualquier información relevante, considerando información relevante toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado

⁹⁸¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6946; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, pág. 39; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, ob.cit., pág. 32; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 112 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, ob.cit., pág. 51; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 189; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima – Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 38; VIERA GONZÁLEZ, A.J., *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, ob.cit., págs. 38 y ss.

⁹⁸² SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., págs. 673 y ss.

secundario, remitiendo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores esa información para su incorporación al registro oficial (artículo 82 LMV)⁹⁸³.

En este sentido, la doctrina mercantilista en general ha optado por la exclusión de las sociedades cotizadas de la posibilidad de recurrir al arbitraje como medio alternativo para resolver sus conflictos intrasocietarios, por considerar que los accionistas en estas sociedades son en realidad inversores que requieren de una tutela especial y no pueden equipararse a los socios de otro tipo de sociedades porque a los primeros les falta el *affectio societatis*⁹⁸⁴ que caracteriza a los socios que realmente están interesados en la buena marcha de la empresa y no solamente en sus rendimientos económicos⁹⁸⁵.

En cuanto a la arbitrabilidad de sus controversias, la doctrina tradicional española ha considerado que en estas sociedades abiertas, de base institucional, en las que confluyen intereses muy variados que trascienden al orden público económico, requieren de una disciplina legal imperativa, por lo que han afirmado a lo largo de los años que el arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción para resolver sus conflictos intrasocietarios debe ser utilizado de forma restringida, ya que estas características hacen que los socios tengan reducida la disponibilidad de la materia, además de que generalmente las controversias que se suscitan afectan no sólo a los intereses personales de un accionista, sino que también al interés colectivo o al propio interés social, concluyendo que se trata de materia no susceptible de arbitraje⁹⁸⁶.

Esta era también la posición dominante de la doctrina que consideraba que en las sociedades abiertas el arbitraje no era ni aconsejable ni practicable, porque pensaban

⁹⁸³ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 675; SÁNCHEZ CALERO, F., *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, ob.cit., págs. 68 y ss.

⁹⁸⁴ El *affectio societatis* se puede definir como aquella voluntad de los socios de colaborar de forma efectiva en la consecución del interés común, bajo un criterio de igualdad, participando todos de los beneficios y de las pérdidas. COHEN, *Arbitrage et société*, ob.cit., pág. 54

⁹⁸⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, ob.cit., pág. 33; GÓMEZ YUBERO, MJ., “La educación financiera y su contribución al reequilibrio entre inversores e instituciones financieras”, en AA.VV., *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, dir. MJ. Ariza Colmenarejo, C. Galán González, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, págs. 39 y ss.

⁹⁸⁶ MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 459; MUÑOZ PLANAS, JM., MUÑOZ PAREDES, JM., “La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje”, ob.cit., pág. 2025.

que el laudo sólo sería eficaz frente a quienes litigaron, ya que para que el laudo fuera oponible a todos los socios todos deberían haber sido parte del procedimiento, algo que no sería posible, según ellos, en una sociedad de grandes dimensiones. A pesar de esto, afirmaban que si la cláusula arbitral estaba incorporada en los estatutos sociales, sí vincularía a todos los socios, hubieran o no litigado. En realidad sí veían como factible el arbitraje en las grandes sociedades si se optaba por la inclusión del convenio arbitral en los estatutos sociales; porque es claro que llegar a un convenio arbitral en sociedades de estas magnitudes cuando la controversia o conflicto ya ha nacido, no solamente presenta muchísimos inconvenientes, sino que prácticamente no se puede alcanzar⁹⁸⁷.

Por tanto, hay que hacer hincapié en que esta doctrina no niega rotundamente la arbitrabilidad de los conflictos intrasocietarios mediante arbitraje si existe una cláusula arbitral estatutaria que vincula a todos los socios. Si la cláusula arbitral no viola la Ley, el orden público o las normas imperativas, no tiene porque ser considerada como una amenaza a la condición de socio, ya se considere esta con un amplio grado de personalismo o con un matiz más objetivo e impersonal. Además, la práctica demuestra que son muchos los conflictos de este tipo de sociedades que se resuelven mediante arbitraje, incluso cuando se encuentra la cláusula arbitral en pactos parasociales (con las matizaciones en cuanto a su eficacia relativa interpartes previamente hechas)⁹⁸⁸, principalmente porque la cuantía del procedimiento hace que el procedimiento arbitral compense desde el punto de vista económico, así como la celeridad y la confidencialidad, ya que no interesa ni que los pactos ni sus efectos sean ampliamente conocidos⁹⁸⁹.

Aunque ha habido siempre quienes han negado rotundamente la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos de la junta general de una sociedad cotizada, no

⁹⁸⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., MUÑOZ, JM., “La Junta General de Accionistas”, ob.cit., pág. 366.

⁹⁸⁸ Ver páginas 221 y siguientes.

⁹⁸⁹ En las entrevistas realizadas a las letradas de la Corte de Arbitraje de Madrid y de la Corte Española de Arbitraje, ambas letradas coincidieron en que el arbitraje es la vía idónea para resolver los conflictos de las sociedades abiertas, ya que se benefician de la confidencialidad del procedimiento, y que, además, es un procedimiento especialmente diseñado para que puedan acceder estas grandes sociedades, en particular por la cuantía del pleito y los gastos y honorarios que representan, ya que se calificó también por ellas el arbitraje como un procedimiento muy caro para las pequeñas Sociedades Anónimas o para las sociedades cerradas (principalmente las Sociedades de Responsabilidad Limitada). En contra de este razonamiento, en la Corte de Arbitraje de Toledo, el cálculo de los gastos procesales y de las costas del procedimiento arbitral están más ajustados con la realidad del procedimiento, por lo que un arbitraje resulta igualmente favorable para una sociedad cerrada que para una abierta, sin implicar un gasto excesivo o desproporcionado con la cuantía del proceso.

importa si el acuerdo es nulo o anulable, ya que alegan que dicho acuerdo suele comprometer intereses públicos que hacen que sea materia no disponible y por tanto no arbitrable, por lo que resolver estos conflictos será competencia exclusiva de la jurisdicción estatal⁹⁹⁰.

Los motivos que se oponen tradicionalmente a recurrir al arbitraje estatutario en las sociedades abiertas son en primer lugar, que el interés social excede del común de los socios resolviéndose en una especie de interés general que afecta al orden público por lo que las materias previstas en su seno no serían disponibles. En segundo lugar se alega que en este contexto no es factible que todos los accionistas puedan intervenir en el arbitraje, de modo que la eficacia relativa del laudo (*inter partes*) frente a la eficacia absoluta (*erga omnes socii*) de la sentencia resolutoria del proceso de impugnación, hace afirmar que sólo en las sociedades cerradas tendría el laudo la eficacia general que la Ley ordena respecto de la sentencia, ya que únicamente en ellas todos los accionistas podrían intervenir en el procedimiento arbitral. En tercer lugar alegan que el convenio arbitral no es una cláusula estatutaria materialmente, sino que sólo desde un punto de vista formal, ya que dicen que tiene un carácter más contractual, además que supone la renuncia a acudir a los tribunales ordinarios, por lo que se alega que los socios actuales no puedan disponer de los derechos de los socios futuros, asimilándola a una cláusula en un contrato de adhesión, demostrando debilidad en el consentimiento contractual y por tanto alegando su nulidad⁹⁹¹.

En este sentido alegan como fundamento la legislación y la doctrina italiana por la prohibición a este tipo de sociedades a acudir al arbitraje como un medio válido para la resolución de sus conflictos, por considerar al pequeño accionista como inversor y sujeto “débil” respecto de la sociedad y, por tanto, digno de tutela. Pero en contra de esta postura, también tomando como fundamento el Derecho comparado, tenemos el modelo estadounidense, en el que se ha reconocido al arbitraje como un procedimiento que ofrece unas garantías jurídicas adecuadas para los inversores y, en concreto el

⁹⁹⁰ MUÑOZ PLANAS, JM., MUÑOZ PAREDES, JM., “La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje”, ob.cit., pág. 2026.

⁹⁹¹ GALLEGU SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 64.

arbitraje no puede considerarse un contrato de adhesión, por lo que no resultan aplicables las normas relativas a los consumidores⁹⁹².

Este argumento de que a las grandes Sociedades Anónimas o a las que cotizan en bolsa no se les permita el acceso al arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción es un argumento que debiera de ser revisado. Las economías modernas exigen rapidez en su gestión y ejecución, y que a una sociedad de este tipo se le impugne un acuerdo social tiene trascendencia en la cotización de sus acciones, lo que es otro argumento a favor del arbitraje y la consiguiente resolución rápida del conflicto. Además, no todas las normas que rigen a estas sociedades son de orden público y poco a poco se viene aceptando una expansión “gradual y progresiva del dominio objetivo de lo arbitrable”⁹⁹³.

Las sociedades de capital se sustentan en normas de carácter imperativo, donde la autonomía de la voluntad tiene poco margen. Estas reglas lo que pretenden es la protección de la sociedad, los socios y los intereses de los terceros. Como se ha reiterado en los capítulos precedentes, que las normas que rijan la materia societaria sean imperativas no impide la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas que rigen. Lo único que prohíbe es su trasgresión. El convenio arbitral no faculta al árbitro para que infrinja una norma imperativa, sino que le encomienda que la aplique, al igual que haría un juez y por tanto determine si el acuerdo es o no contrario a ella⁹⁹⁴.

En el estado actual de la Ley, no habría diferencia en introducir la cláusula arbitral en una sociedad abierta (gran Sociedad Anónima o cotizada) o en una sociedad cerrada (Sociedad Limitada, Nueva Empresa o “pequeña” Sociedad Anónima), ya que

⁹⁹² GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 65. En el mismo sentido, BERNARDO CREMADES, Entrevista 12 junio 2009; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 247.

⁹⁹³ CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 202; BERCOVITZ, A., “Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 378; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 22; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 428.

⁹⁹⁴ CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 42; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., págs. 21 y 30; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 188 y ss.

ambas se rigen por el principio de autonomía de la voluntad y por tanto de autoorganización (artículos 10 LSA y 12.3 LSRL)⁹⁹⁵.

Además, no existe un tratamiento diferenciado en la Ley dependiendo si estamos frente a una Sociedad Anónima abierta o cerrada, cuyos estatutos están inscritos en el Registro Mercantil y, al igual que todas las demás cláusulas estatutarias, la cláusula arbitral vinculará a la sociedad y a todos los socios. El argumento que alega que el socio inversor no tiene ni va tener los estatutos en sus manos en una sociedad cotizada tampoco es válido, ya que el conocimiento potencial se equipara al conocimiento efectivo y nadie puede alegar desconocimiento ante un hecho objetivo y público, como son los estatutos debidamente inscritos en el Registro Mercantil. El accionista, en este caso calificado como inversor, al adquirir unas acciones se integra en una situación jurídica compleja y además de los derechos, que en este caso serían los rendimientos económicos y los derechos políticos, adquiere las obligaciones y se somete a las demás regulaciones que se establezcan en la Ley y en los respectivos estatutos (artículos 48 LSA y 9.4 LA)⁹⁹⁶.

Si la Sociedad Anónima se concibiera como la gran Sociedad Anónima que para su financiación recurre al ahorro público (Sociedad cotizada), y con una menor influencia de la autonomía de la voluntad, por el interés de tutelar a los socios inversores y a los terceros acreedores⁹⁹⁷, sería posible la introducción de una cláusula arbitral pero con más limitaciones y con un control estricto de la Comisión Nacional Mercado de Valores, recurriendo, por ejemplo, al arbitraje institucional por brindarle éste al procedimiento una mayor seriedad y por contar, además, con más medios para notificar y para comunicar a todos los socios la existencia de un procedimiento arbitral en el que, de considerarlo oportuno, poder participar. Además es necesario que se realicen las comunicaciones respectivas a la CNMV como hechos relevantes de la

⁹⁹⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima- Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 44; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.; VIERA GONZÁLEZ, AJ., *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, ob.cit., págs. 249 y ss.

⁹⁹⁶ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., págs. 211 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 247; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

⁹⁹⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima – Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., págs. 38 y ss.

existencia de un proceso arbitral, cumpliendo siempre la normativa legal imperativa como requisito de validez y eficacia (artículos 14 LA, 116, 117 LMV).

En contra de los argumentos que no ven el arbitraje como un procedimiento válido para las grandes sociedades, se dice que no tienen soporte legal, no solamente porque se fundamentan en concepciones institucionalistas del interés social, que actualmente no se discute que es el común de todos los socios; sino porque las normas que regulan estas sociedades no introducen una reglamentación específica de esta materia, lo que tampoco hace la normativa general de arbitraje, sin discriminar por tanto en la Ley entre sociedades abiertas y sociedades cerradas⁹⁹⁸.

Por otro lado, la eficacia del laudo es la misma para ambos modelos de Sociedades Anónimas. Cuando se pretende que la cláusula arbitral no vincule a todo nuevo accionista de una sociedad cotizada, al igual que toda otra cláusula, es un argumento forzado en la medida en que distingue donde la Ley no lo hace. Además, tampoco puede justificarse que esta vía supone una renuncia a un derecho, porque es una vía legalmente y constitucionalmente aceptada y, de aceptarse este razonamiento, implicaría que la cláusula arbitral es nula tanto para las sociedades abiertas como para las sociedades cerradas. Y si los estatutos la contemplan, no puede pretender el nuevo socio no aceptar esta cláusula arbitral y las otras sí, prescindiendo de la voluntad de los socios fundadores de organizar la sociedad según consideren oportuno. Esta forma de ingresar en la sociedad no implica que se esté ante un contrato de adhesión, ya que como se ha desarrollado en otra parte de este trabajo⁹⁹⁹, es un argumento que se contrapone a los principios generales del Derecho societario, no importa si la sociedad es cerrada o abierta, conclusión que la misma Ley excluye (artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación)¹⁰⁰⁰.

Otro argumento a favor de la inclusión de la cláusula arbitral en las grandes sociedades recae en la mayor protección que puede obtener un “pequeño” accionista a

⁹⁹⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 65.

⁹⁹⁹ Ver páginas 68 y siguientes.

¹⁰⁰⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., págs. 65 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 292; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

través del arbitraje, en el que, con las garantías adecuadas, se tutelarán sus derechos frente a la “gran” sociedad, algo que no ocurriría en la vía judicial con excesivas diligencias y burocracia, creando un estado de indefensión e impotencia¹⁰⁰¹.

Pero en la práctica la opción por el arbitraje es común en los pactos parasociales que ligan a los accionistas significativos, no en los estatutos sociales, aunque sin la oponibilidad y la eficacia requeridas¹⁰⁰². Así, estas limitaciones para acudir al arbitraje a través de una cláusula arbitral estatutaria en las sociedades abiertas lo único que consiguen es impedir que los pequeños inversores se beneficien de una forma de resolver conflictos que los socios que tienen el control de la sociedad han elegido por sus evidentes ventajas sobre el procedimiento judicial, evitando largos, costosos y públicos procesos que perjudican sobre todo a la sociedad en tanto pueden comprometer su crédito público¹⁰⁰³.

Cuando se asimila al pequeño inversor con un consumidor de productos financieros, con el fin de excluir el arbitraje de las sociedades cotizadas, no se tiene en cuenta la tendencia de la práctica mercantil en el ámbito del consumo, en el sentido de que se ha extendido el arbitraje como medio idóneo para proteger los legítimos intereses económicos de los consumidores y como se ha convertido en la vía preferida para resolver sus conflictos. En el caso del arbitraje de consumo, además se trata de un arbitraje gratuito, lo que constituye sin duda otro argumento a favor del arbitraje. En este sentido, en el Derecho societario, por analogía, podría considerarse que en ausencia de previsión estatutaria expresa, la sociedad debería hacerse cargo de los gastos del

¹⁰⁰¹ Pero dentro de las sociedades que conforman el IBEX 35 solamente se encontró una sociedad que incluye la cláusula arbitral como vía para solucionar la impugnación de acuerdos sociales. Esta sociedad es Red eléctrica Corporación S.A., que regula un arbitraje de Derecho, con tres árbitros y de acuerdo a la Ley de Arbitraje de 2003. En el resto de los estatutos de las sociedades cotizadas consultadas la mayoría establecía un sometimiento expreso a la jurisdicción estatal, aunque una minoría optaba por el arbitraje de Derecho para resolver sus conflictos intrasocietarios pero con exclusión expresa de la impugnación de acuerdos sociales.

¹⁰⁰² La jurisprudencia ha tomado en consideración los pactos parasociales como negocios jurídicos válidos, afirmando que “los pactos parasociales mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos, son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad”. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) 128/2009, de 6 marzo, fundamento de Derecho segundo.

¹⁰⁰³ Entrevista BERNARDO CREMADES, 12 de junio 2009; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 66.

arbitraje, como un supuesto en que la sociedad está obligada a sufragar los gastos por la intervención de un tercero cuyos servicios deben prestarse a favor de la sociedad¹⁰⁰⁴.

Otro argumento de quienes consideran que el arbitraje no es una vía adecuada para las sociedades cotizadas afirma que las grandes sociedades anónimas requieren de transparencia en sus operaciones, ya que su funcionamiento y resultados son el instrumento de los inversores. En un arbitraje, por la confidencialidad que caracteriza el procedimiento, falta esa transparencia del funcionamiento interno, creando inseguridad en sus relaciones externas e internas ya que al carecer del factor de publicidad de los laudos o del proceso en el que se dirimen sus disputas hace que se dude del arbitraje como medio idóneo para resolver los conflictos en este tipo de sociedades¹⁰⁰⁵.

Pero a través del arbitraje también se puede proteger a los inversores y, especialmente, a través del arbitraje institucional. Por esta razón, creo que se podría realizar una modificación de la Ley y de los reglamentos de arbitraje en este sentido, eliminando la confidencialidad como requisito indispensable del arbitraje, siendo más bien opcional, permitiendo y fomentando la publicidad del procedimiento arbitral y de su resultado, lo que creo que haría que se convirtiera el arbitraje en un buen mecanismo para resolver estas disputas contando con el resto de beneficios que tiene este procedimiento alternativo a la jurisdicción, brindando además la oportunidad de participar en el procedimiento a los interesados y dándoles la información que necesitan para tomar sus decisiones con respecto a la sociedad.

¹⁰⁰⁴ GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 66; ÁLVAREZ-SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., “Procedimiento arbitral en la Ley de Arbitraje 60/2003 y supletoriedad en el arbitraje de consumo”, en AA.VV., *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, dir. MJ. Ariza Colmenarejo, C. Galán González, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, págs. 167 y ss.; OROZCO PARDO, G., PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, JL., “El arbitraje de consumo”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, pág. 444 y ss.; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

¹⁰⁰⁵ El principio de transparencia consiste en transmitir toda la información relevante para los inversores de forma correcta y veraz, simétrica y equitativamente, además de en tiempo útil; erigiendo la información como el principal instrumento de tutela de los inversores, para que estos estén en condiciones de valorar el riesgo asociado a la compra de los valores, lo que se consigue a través del folleto informativo. La transparencia es una obligación que pesa sobre los administradores, correspondiéndole a la Comisión Nacional del Mercado de Valores vigilar su cumplimiento. GARRIDO GARCÍA, J., “La sociedad cotizada como operador del mercado: la información al mercado. El régimen nacional de la publicidad de la sociedad cotizada”, en AA.VV., *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Editorial Comares, Granada, 2006, págs. 193 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Sociedad Cotizada como Sociedad Anónima”, en AA.VV., *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 50.

La publicidad de los laudos también beneficiaría el procedimiento arbitral en sí, ya que haría que estos fueran mejores en fundamentación y calidad al estar sometidos al escrutinio general. Al mismo tiempo, hay que recordar que en el ámbito de las sociedades cotizadas estamos frente a un proceso desregulador en el que a su vez se opta por la autorregulación, donde el arbitraje encuentra su medio óptimo de desarrollo¹⁰⁰⁶.

V. Puesta en práctica del procedimiento arbitral en la impugnación de acuerdos sociales

1. Preámbulo

El arbitraje, tal y como se ha podido comprobar a través de su estudio, es un instituto de Derecho sustantivo y procesal. Toma elementos del Derecho mercantil, civil y procesal y, por tanto, esta triple caracterización también debe quedar plasmada en este estudio.

El Derecho civil lo define en su naturaleza y en sus características como un procedimiento de base contractual y de eficacia relativa entre sus partes. El Derecho mercantil le brinda las especialidades del Derecho societario, como, por ejemplo, la vinculación del laudo a todos los socios hayan o no participado en el procedimiento de impugnación de un acuerdo social mediante arbitraje; y el Derecho procesal, además de definirlo en su carácter jurisdiccional, determina la forma de llevarlo a cabo.

Una vez que se ha estudiado a fondo el Derecho sustantivo arbitral con referencia especial a la impugnación de acuerdos sociales de una sociedad de capital, se estudiarán ahora los elementos procesales, es decir la puesta en práctica en concreto de la impugnación de un acuerdo de una junta general de una sociedad de capital mediante arbitraje.

En este apartado se mencionará el papel que cumple la jurisdicción como apoyo y control del arbitraje, garantizando así su legalidad y efectividad, dando confianza a las

¹⁰⁰⁶ PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, ob.cit., pág. 190.

personas físicas y jurídicas que optan por este medio alternativo a la jurisdicción. Se analizará también el papel del Registro Mercantil en el arbitraje societario, específicamente como instrumento de publicidad y de tutela de los socios y de los terceros; y, por último, se establecerán todos los pasos que se han de seguir en el procedimiento arbitral de impugnación de los acuerdos de una sociedad de capital mediante arbitraje.

2. El papel de la jurisdicción como auxiliar del arbitraje

2.1 El apoyo jurisdiccional previo al arbitraje

El arbitraje es un procedimiento que encuentra su razón de ser en la autonomía de la voluntad de los socios, quienes quieren resolver sus conflictos a través de este procedimiento específico en vez de acudir a la justicia estatal. En un arbitraje el juez natural será el árbitro, por lo que los jueces estatales deberán declararse incompetentes para resolver estos conflictos, garantizando así la tutela judicial efectiva al proteger el cumplimiento de la voluntad de los socios de que la solución de sus litigios sea por la vía arbitral, de acuerdo a lo que previamente han convenido¹⁰⁰⁷.

Pero como la competencia de los árbitros comienza una vez aceptado su nombramiento (artículo 16 LA) y finaliza una vez adoptado el laudo definitivo (artículos 37.2 y 38 LA), antes de su nombramiento o una vez emitido su juicio, no puede el árbitro decretar medidas cautelares ni entrar a valorar ninguna otra cuestión, pues no es el sujeto competente para ello. En estos casos es cuando el juez debe intervenir (artículo 7 LA).

Y en este sentido se ha afirmado que la función de la justicia estatal es importantísima para el buen desempeño del arbitraje, ya que si ésta es eficaz y actúa con

¹⁰⁰⁷ CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 3; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 404/2005, de 26 de mayo, fundamento de Derecho primero; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, págs. 14 y ss.

celeridad, el procedimiento arbitral puede alcanzar también sus objetivos de rapidez y eficacia sin encontrar trabas y atrasos innecesarios en ella¹⁰⁰⁸.

Existen varios momentos procesales en los que será necesaria la intervención judicial como mecanismo de apoyo al arbitraje. Pero esta intervención siempre deberá interpretarse en sentido restrictivo, ya que debe primar el principio de intervención mínima de los juzgados y tribunales en el procedimiento arbitral, con el fin de no desvirtuar el verdadero sentido de este método heterocompositivo de resolución de conflictos¹⁰⁰⁹.

En primer lugar podemos hablar del nombramiento judicial de los árbitros, cuando los socios impugnantes y la sociedad no logren ponerse de acuerdo, para lo cual será competente el Juez de lo Mercantil del lugar del arbitraje (artículo 8.1 LA). Si el arbitraje fuera institucional, la Corte Arbitral se encargaría de su nombramiento conforme a su propio reglamento, pero si existieran conflictos en cuanto a la institución elegida o algún otro extremo previo e indispensable para el desarrollo del procedimiento arbitral, la jurisdicción deberá prestar su apoyo¹⁰¹⁰.

La petición de designación judicial de los árbitros deberá sustanciarse por los cauces del juicio verbal (artículo 15. 4 LA), y únicamente podrá rechazar la petición formulada el tribunal competente cuando aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral (artículo 15.5 LA). Contra lo que resuelva el juez no cabrá recurso alguno, salvo para aquellas resoluciones que rechacen la petición formulada por considerar que el convenio arbitral es inexistente (artículo 15.7 LA).

Otro momento, incluso previo al anterior enunciado, es cuando una de las partes del conflicto acude al juez para que haga valer sus derechos y éste se declara incompetente, tras la declinatoria planteada por la parte interesada, por existir una cláusula arbitral válida en los estatutos sociales que establece como competente a un

¹⁰⁰⁸ CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 305; CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo al control del arbitraje”, ob.cit., pág. 2.

¹⁰⁰⁹ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, ob.cit., págs. 15 y ss.

¹⁰¹⁰ CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 4; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, ob.cit., págs. 19 y ss.

árbitro. En este caso, el juez al declararse incompetente está tutelando la voluntad de las partes y remitiendo el procedimiento a su cauce natural (artículo 11 LA).

Pero las partes pueden también solicitar la adopción de medidas cautelares previo al nombramiento del árbitro o durante la tramitación arbitral, ya que el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas (artículo 11.3 LA). En este caso, quien solicita la medida cautelar deberá alegar y acreditar razones de urgencia o de necesidad, y deberá, la parte beneficiada de las medidas cautelares, llevar a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral (artículos 728 y 730 LEC).

Las medidas cautelares tienen como fin hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en un eventual laudo o en una sentencia estimatorios, de modo que no puedan verse impedidos o dificultados por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente. Otro de los fines de las medidas cautelares consiste en garantizar también que las pruebas que se pretende presentar en su día no desaparezcan o, en general, para asegurar la prueba. Estas medidas no pueden ser susceptibles de sustitución por parte de otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. Además, es importante resaltar que las medidas cautelares deben tener carácter temporal, provisional, condicionado o susceptible de modificación y alzamiento (artículos 293 y siguientes y 726 LEC)¹⁰¹¹.

Como ejemplo de una medida cautelar previa al establecimiento de la demanda arbitral podría mencionarse la suspensión de los acuerdos sociales impugnados, que el juez podrá decretar y ejecutar (artículo 727.10 LEC). En este caso será competente el Juez de lo Mercantil del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir sus efectos (artículos 8.3 LA; 86 *ter* 2.ª LOPJ; 724 LEC).

¹⁰¹¹ CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 64; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 419; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, ob.cit., págs. 79 y ss.

Se podrá solicitar la suspensión del acuerdo social impugnado y la anotación preventiva de la demanda cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, con el fin de evitar la apariencia de validez que generaría su inscripción con respecto a los demás socios y terceros, y asegurar de este modo la eficacia de la eventual sentencia o laudo estimatorios (artículos 727.5 y 727.10 LEC)¹⁰¹².

Cuando el acuerdo impugnado pueda producir graves daños a la sociedad o a terceros se podrá solicitar la suspensión del mismo. Esta suspensión deberán solicitarla el 1% o el 5% del capital social (según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en un mercado secundario oficial), en el escrito de la demanda de impugnación (artículo 730.1 LEC), sin importar el tipo de acciones (o participaciones) que posean (artículo 727.10 LEC). Únicamente están legitimados los socios, por lo tanto no podrán solicitar la suspensión ni los administradores ni los terceros.

El porcentaje requerido para solicitar la suspensión del acuerdo social (5% del capital social) se exige para evitar que subminorías utilicen la impugnación como método para disturbar la buena marcha de la sociedad o con otros fines ajenos a restablecer la validez de los acuerdos sociales. Este porcentaje es, además, el mismo que el requerido para pedir la convocatoria de la junta para que se revoque el acuerdo (artículos 100 LSA), por lo que si los socios no optan por esta última opción es porque presumen que existe una voluntad social favorable al acuerdo adoptado. A partir de la suspensión del acuerdo social de forma cautelar, éste pierde su eficacia, por lo que los actos que se realicen en función de éste serán nulos¹⁰¹³.

El árbitro o el juez deberán decidir si corresponde o no la suspensión del acuerdo social y, en caso de aprobarla, podrá determinar la caución que deberá prestar el actor para responder de los daños y de los perjuicios que pudiera producir la adopción de la medida cautelar (artículos 157 RRM, 728.3, 735, 736 y 737 LEC).

¹⁰¹² VILALTA, E., MÉNDEZ, R., *Impugnación de acuerdos sociales en S.A. y S.L.*, ob.cit., págs. 22 y ss.

¹⁰¹³ PÉREZ DAUDÍ, V., “El proceso de declaración”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1264; ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 620; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima”, en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995, pág. 338.

La decisión del juez debe partir de la presunción de validez del acuerdo, evitando que la suspensión paralice injustificadamente la vida de la sociedad, ya que si se suspende el acuerdo no puede evidentemente ser ejecutado por los administradores, por lo que podrían derivarse consecuencias considerables para la sociedad. De esta forma, se ha afirmado que se trata de una medida excepcional y que, el árbitro o el juez al adoptarla, deberán actuar con extremada prudencia y de forma restrictiva¹⁰¹⁴.

Una vez firme el auto acordando o denegando la suspensión del acuerdo social, se inscribirá en el Registro Mercantil, siempre que se trate de un acuerdo inscrito o inscribible, sin más trámite a la vista del mismo¹⁰¹⁵.

Por otra parte, la anotación preventiva de una demanda de impugnación de los acuerdos sociales se practicará sin más trámite a la vista de aquélla, y deberá publicarse en el BORME, con el fin de evitar que un tercero pueda considerar firme el acuerdo; de manera que el laudo o la sentencia que se dicte en su momento pueda ejecutarse incluso en perjuicio de tal tercero. La anotación preventiva de la demanda, a diferencia de la suspensión del acuerdo, será otorgada por el árbitro o por el juez a su prudente arbitrio ante la solicitud de cualquier demandante, previa audiencia a la sociedad, aunque el árbitro o el juez pueden supeditarla a la prestación de una caución adecuada a los daños y los perjuicios que pudieran causarse por parte del demandante. La anotación se cancelará por desestimación de la sentencia o por laudo firme, desistimiento de la acción, o si ha caducado la instancia (artículos 155, 156 y 157 RRM; 727.5 LEC)¹⁰¹⁶.

Por lo tanto, considero que la publicación de la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales planteada ante un árbitro, al igual que si fuera planteada ante un juez, es un elemento que podría considerarse de gran utilidad en el proceso arbitral. Si el proceso de impugnación de un acuerdo social sometido a un arbitraje se inscribiera mediante anotación en el Registro Mercantil se estaría dando la publicidad suficiente para terceros, de forma que no podría alegarse, posteriormente a

¹⁰¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 419.

¹⁰¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 421.

¹⁰¹⁶ ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 622; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, ob.cit., págs. 338 y ss.; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 339; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, ob.cit., pág. 422; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 253.

esta inscripción, la buena fe en caso de pretender alegar derechos derivados de un acuerdo que se está impugnando por esta vía.

2.2 El juez como ejecutor de las medidas adoptadas por el árbitro

Una vez que el árbitro ha aceptado su misión y, por tanto, se ha iniciado el arbitraje, será él el competente de ese momento en adelante para llevar a cabo el procedimiento de impugnación de un acuerdo social.

Pero que el árbitro sea el competente a partir de este momento para dirigir el procedimiento de impugnación de un acuerdo social, no quita que pueda contar también con el apoyo de un juez para la asistencia en la ejecución de ciertas medidas cautelares, para la práctica de pruebas o, posteriormente, en la ejecución del laudo, siendo competencia del Juez de lo Mercantil del lugar del arbitraje o del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia (artículos 117.3 CE; 8.2 y 33 LA; 723 y 724 LEC; 86 *ter* 2.g LOPJ).

Los árbitros cuentan con la potestad de adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio a instancia de cualquiera de las partes del conflicto (artículo 23.1 LA). En este sentido, es importante recalcar que es indispensable la instancia de parte, ya que ni los árbitros ni los jueces podrán acordar las medidas cautelares de oficio (artículos 721 y siguientes LEC).

Para adoptar una medida cautelar, los árbitros podrán exigir la caución que consideren apropiada al solicitante y frente las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos (artículos 23.2 y 40 y siguientes LA).

A pesar de contar con la facultad de adoptar medidas cautelares, el árbitro carece del *imperium* o coerción necesaria para la ejecución de las medidas cautelares, por lo que el juez deberá apoyar al árbitro en este sentido, ya que el juez es el único competente para hacer ejecutar lo juzgado de acuerdo con el artículo 117.3 de la Constitución Española. De esta forma, también el juez garantizará, por ejemplo, que las pruebas no serán destruidas o que puedan recabarse las pruebas necesarias incluso

contra la voluntad reticente de alguna de las partes del convenio arbitral (artículo 33 LA)¹⁰¹⁷.

A su vez, el convenio arbitral no impide a las partes del mismo que durante la tramitación del procedimiento arbitral soliciten a un juez la adopción de medidas cautelares. Está legitimado para pedir a un juez medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral, o, en su caso, haber pedido la formalización judicial del arbitraje en caso de no ponerse de acuerdo las partes y, en caso de optar por un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud en la respectiva institución según su reglamento (artículos 11.3 LA y 722 LEC).

Por otra parte, el laudo arbitral es ejecutable, aún cuando contra él se haya ejercitado una acción de anulación (artículos 43 LA y 517.2.2º LEC). Instada la anulación del laudo, las medidas que pueden solicitarse para garantizar su eficacia no son las cautelares, sino las ejecutivas. En este caso, la parte interesada deberá instar la ejecución provisional del laudo (artículos 44 y 45.1 LA, 524.1 y 526 LEC)¹⁰¹⁸.

La principal diferencia entre la ejecución de un laudo firme y otro que no lo está es que cuando no está firme, el ejecutado puede paralizar la ejecución prestando una fianza suficiente para garantizar la ejecución futura. A través de la regulación de la ejecución provisional del laudo se busca equiparar el arbitraje al proceso judicial, pues se considera que las mismas razones que justifican la ejecución provisional de la sentencia se aplican al arbitraje (artículo 524 LEC)¹⁰¹⁹.

Por otra parte, aquí también puede tener un papel importante la jurisdicción, ya que puede el ejecutado solicitar la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca una caución por el valor de la condena más los daños y los perjuicios que pudieran derivarse

¹⁰¹⁷ CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 4; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, ob.cit., págs. 12 y ss.

¹⁰¹⁸ CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 305; SENÉS MOTILLA, C., “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs 288 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, ob.cit., págs. 188 y ss.

¹⁰¹⁹ FRANCO ARIAS, J., “Artículo 44 y 45. La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003”, ob.cit., pág. 189; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., págs. 275 y ss.

de la demora en la ejecución del laudo. En este caso, el tribunal competente, una vez presentada la solicitud de suspensión de la ejecución y una vez oído el ejecutante, resolverá sobre la caución, sin que contra esta resolución quepa recurso alguno (artículos 45.1 LA y 529 LEC).

Por último, al ser el laudo un título ejecutivo que lleva aparejada ejecución deberá solicitarse ésta dentro de los cinco años siguientes a la firmeza, bajo pena de caducidad (artículos 517.1.2º y 518 LEC). Para ello también será competente el Juzgado de lo Mercantil del lugar en que se haya dictado el laudo (artículos 8.4 y 44 LA; 545.2 LEC y 86 *ter* 2.g LOPJ).

La ejecución de los laudos arbitrales se rige, en esencia, por las mismas normas que rigen la ejecución de las sentencias. El juez es el único competente para la ejecución forzosa de los laudos, en primer lugar, por la falta de poder coercitivo de los árbitros y, en segundo lugar, porque estos, una vez emitido el laudo, terminan su función y dejan de ser competentes para la toma de medidas en lo referente al arbitraje¹⁰²⁰.

Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará ejecución siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y el contenido del título (artículo 551 LEC). El reconocimiento de esta facultad a los jueces es parte de las garantías arbitrales, ya que frente a quien decidió voluntariamente someterse a arbitraje y una vez dictado el laudo no quiere cumplirlo de forma voluntaria, es el Estado con su poder coercitivo el que debe hacerlo cumplir¹⁰²¹.

¹⁰²⁰ CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 4; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 250.

¹⁰²¹ FRANCO ARIAS, J., “Artículo 44 y 45. La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 175 y ss.; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., págs. 251 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, ob.cit., págs. 141 y ss.

2.3 El control por la jurisdicción del arbitraje

A) La acción de anulación del laudo

Los jueces también tienen una función de control de la actividad arbitral, con el fin de impedir posibles transgresiones a los límites establecidos de forma imperativa, fundamentando así también la legalidad y la constitucionalidad del arbitraje¹⁰²².

Esta labor se realiza principalmente a través de la acción de anulación del laudo ante la Audiencia Provincial del lugar donde se dictó el laudo, y frente a la resolución que se dicte no cabrá recurso alguno (artículos 40 y siguientes LA).

Se dice que esta labor se realiza principalmente a través de la acción de anulación porque también podrán realizar los jueces una labor de control del arbitraje cuando no se declaren incompetentes si la cláusula arbitral es patológica, es decir, aquella cláusula que no reúne alguno de los requisitos formales o de fondo necesarios para su validez, o cuando el arbitraje ha sido instado por quien no está legitimado para ello. Otra posibilidad de control del arbitraje por parte de los jueces es la de no ejecutar las medidas cautelares que soliciten los árbitros por considerar que no son oportunas, ya que el juez no tiene obligación de ejecutarlas con la simple orden del árbitro, sino que está facultado para hacerlo, que es diferente (artículo 726 LEC).

Esta acción ya se estudió en el capítulo primero de la primera parte de este trabajo como garantía de la tutela judicial efectiva a través del arbitraje, pero se estudiarán en profundidad aquí sus características por ser este el lugar apropiado para estudiar el control judicial del arbitraje¹⁰²³.

La acción de anulación es, tal y como su nombre dice, una acción y no un recurso, que regula la posibilidad de ejercitar una acción ante la justicia estatal en virtud

¹⁰²² CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., págs. 5 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs. 225 y ss.

¹⁰²³ Ver páginas 51 y siguientes.

de la cual puede obtenerse una declaración jurisdiccional que afecte a la validez del laudo¹⁰²⁴.

Pueden impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación los laudos definitivos, las decisiones interlocutorias sobre la competencia arbitral resueltas mediante laudos parciales y las decisiones sobre medidas cautelares (artículos 22.3 y 40 LA).

Pero si una parte, conociendo la infracción de una norma dispositiva de la Ley de Arbitraje o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación (artículo 6 LA). Así por ejemplo, los defectos subsanables son defectos que deben ser denunciados en el procedimiento arbitral como requisito previo y necesario para poder fundamentar una acción de anulación posterior. Si no se planteó la cuestión en su momento se entenderá convalidada la cuestión por voluntad tácita de las partes, aunque la infracción se hubiera producido de facto¹⁰²⁵.

Por el contrario, en caso de tratarse de normas de *ius cogens* que pueden afectar directamente al orden público, prevalece la protección de éstas sobre las facultades de renuncia a la impugnación regulados en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje, por lo que el no haber sido denunciada su violación durante la tramitación del proceso arbitral no exime a la Audiencia Provincial a conocer de la acción de impugnación¹⁰²⁶.

Esta acción tiene carácter excepcional, limitando las posibilidades de acudir a ella a una lista tasada (artículo 41 LA), evitando que la acción de anulación se convierta en una segunda instancia, sin que los jueces que la conozcan puedan entrar a valorar el fondo del asunto, lo que acarrearía la desnaturalización del procedimiento arbitral y le quitaría todo su valor frente a la jurisdicción. Tampoco podrán los jueces, encargados de conocer una acción de anulación, anular el laudo por motivos diferentes a los

¹⁰²⁴ CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 209.

¹⁰²⁵ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 37 y ss.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 49/2006, de 9 de febrero, fundamento de Derecho tercero.

¹⁰²⁶ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., pág. 105.

establecidos por la Ley, de lo contrario se vulnerarían los efectos de cosa juzgada que produce el laudo arbitral (artículo 43 LA)¹⁰²⁷.

El laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación justifique debidamente que se ha ocasionado un daño o un perjuicio real en su posición jurídica, que de no haberse producido podría haber cambiado el sentido del laudo.

Así, el laudo podrá ser anulado cuando se alegue y se pruebe que el convenio arbitral no existe o no era válido; que no fue debidamente notificada una de las partes de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales, o que no ha podido hacer valer sus derechos. Si una parte del procedimiento arbitral no ha podido ejercer sus derechos porque el árbitro ha impedido u obstaculizado su derecho a alegar y a justificar sus posiciones, se produce indefensión y se afecta por tanto a la tutela judicial efectiva amparada por el artículo 24.2 de la Constitución Española, siendo motivo evidente de anulación¹⁰²⁸.

También los laudos podrán ser sometidos a una acción de anulación por causas de *extra o de ultra petita* o porque el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, ya que implica un laudo no ajustado a las pretensiones recíprocas de las partes (artículo 39.1.c) LA)¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ SAP Madrid (Sección 18ª) de 10 de febrero de 2003, fundamento de Derecho primero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), nº 140/2001, de 4 de junio, fundamento de Derecho primero; Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 5 de febrero de 2002, fundamento de Derecho tercero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) 494/2002, de 4 de noviembre, fundamento de Derecho primero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) 63/2002, de 6 de febrero, fundamento de Derecho segundo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 139/2001, de 24 de marzo, fundamento de Derecho cuarto; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 26 de noviembre de 2002, fundamento de Derecho segundo; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 217; CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 5; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 206; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., págs. 23 y ss.

¹⁰²⁸ CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 210 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., págs. 47 y ss.

¹⁰²⁹ La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 136/1998, de 29 de junio, en el fundamento jurídico segundo, hace una síntesis de lo que debe entenderse por la congruencia de una resolución judicial, aplicable a los laudos arbitrales y de los defectos que pueden sufrir, como son la incongruencia omisiva y la *extra petita*. “Así, pues, el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y *petitum*-. Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin

Igualmente será nulo el laudo si los árbitros han sido designados sin ajustarse al convenio o a la cláusula arbitral, salvo que dicho convenio o cláusula fuera contrario a una norma imperativa, o a falta de dicho acuerdo, que no se ha ajustado a la Ley de Arbitraje. No será tampoco válido un laudo que resuelva sobre materia inarbitrable o si el laudo fuera contrario al orden público (artículo 41 LA).

En el caso de que se pretenda que el laudo es contrario al orden público, por ejemplo, cuando no se cumpla con el deber de motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones analizadas, la jurisprudencia ha dicho que “la excepción de orden público no autoriza a entrar a conocer el fondo del tema discutido en el arbitraje, sino tan solo el cumplimiento externo de las normas constitucionales sobre asistencia, audiencia, bilateralidad y derecho a la practica de la prueba sin que el juicio revisorio pueda extenderse más allá, y mucho menos entrar en la mayor o menor bondad de los razonamientos jurídicos del Laudo, así [...] tiene establecido que el concepto de laudo contrario al orden público ha de ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), declarando la STC 43/86 (RTC 1986, 43) que el orden publico adquiere un contenido básicamente inspirado en la vulneración de los derechos fundamentales y libertades publicas garantizadas constitucionalmente a través del art. 24 de la constitución”¹⁰³⁰.

oportunidad de debate, ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*. [...] A partir de este planteamiento general, hemos distinguido dos tipos de incongruencia y precisado las condiciones para apreciar su existencia. La llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995 [RTC 1995\91], 56/1996 [RTC 1996\56], 58/1996 [RTC 1996\58], 85/1996 [RTC 1996\85] y 26/1997 [RTC 1997\26]). Y la denominada incongruencia *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido así a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991 [RTC 1991\154], 172/1994, 116/1995 [RTC 1995\116], 60/1996 [RTC 1996\60] y 98/1996 [RTC 1996\98], entre otras). En ocasiones, ambas clases de incongruencia pueden presentarse unidas, concurriendo la llamada «incongruencia por error», denominación adoptada en la STC 28/1987 (RTC 1987\28), seguida por las SSTC 369/1993 y 111/1997, y que define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta”.

¹⁰³⁰ SAP Madrid (Sección 18ª) de 10 de febrero de 2003, fundamento de Derecho primero; en el mismo sentido Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) 494/2002, de 4 de noviembre,

La validez del laudo arbitral requiere como presupuesto indispensable que el convenio o la cláusula arbitral, que es su fundamento, sea también válido, ya que el convenio o cláusula arbitrales son la fuente de la jurisdicción de los árbitros. Para ello se deberá cumplir con los requisitos, que ya fueron analizados en el apartado correspondiente del convenio arbitral¹⁰³¹, de contar con un consentimiento válido de las partes de querer someterse a arbitraje, tener un objeto cierto y determinado o determinable y que su causa sea justa (artículos 1259, 1261, 1275 y 1713 CC)¹⁰³².

El convenio arbitral no será válido cuando resulte contrario a una norma imperativa o de orden público o cuando verse sobre materia inarbitrable (artículos 2.1 LA y 1255 CC).

Para probar la validez del convenio o de la cláusula arbitral como presupuesto indispensable de admisión de la acción de anulación, al escrito de la acción de anulación deberá acompañarse, además del poder notarial conferido al procurador y la representación, o los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya, los documentos justificativos del convenio arbitral, que en este caso serían los estatutos sociales o el convenio arbitral *ad hoc*, además del laudo (artículos 42 LA; 264, 265 y 399 LEC).

También es indispensable para que la acción de anulación de un laudo prospere que la materia sea arbitrable, pero si la materia no arbitrable está relacionada directamente con el asunto principal del arbitraje, es decir, no se trata de un asunto de carácter accesorio respecto del principal, sí prosperará la acción de anulación¹⁰³³.

Considero, en este sentido, que el laudo podrá impugnarse tanto si se ha violado el orden público procesal durante el procedimiento (artículo 41.1.f LA), como si se ha tratado durante el procedimiento sobre materia inarbitrable, constituyendo esto el orden público material (artículo 41.1.e LA), ya que esta sería la forma de garantizar que el

fundamento de Derecho tercero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) 731/2002, de 30 de octubre, fundamento de Derecho segundo.

¹⁰³¹ Ver páginas 68 y siguientes.

¹⁰³² CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 208.

¹⁰³³ CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 212.

arbitraje es realmente un medio alternativo a la jurisdicción con todas las garantías sustantivas y procesales¹⁰³⁴.

Así se ha pronunciado también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 26 de noviembre de 2002, en su fundamento de Derecho segundo al afirmar que no procede “examinar si la decisión arbitral es o no ajustada a Derecho positivo, salvo que se vea afectado el orden público. El orden público ha de ser entendido como el conjunto de principios inspiradores del ordenamiento jurídico en sus aspectos material y procesal de modo que sólo podrá anularse el laudo cuando viole cualquiera de los principios consagrados con rango constitucional”.

El plazo para ejercitar la acción de anulación será, bajo pena de caducidad, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del laudo, a menos que se haya solicitado su corrección, aclaración o complemento, lo que hará que el plazo empiece a correr desde que se haya notificado dicha resolución o desde la expiración del plazo para adoptarla (artículo 41.4 LA). Y la acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal (artículos 42 LA y 437 y siguientes LEC)¹⁰³⁵.

Si se estima alguno de los motivos alegados de anulación, la decisión de la Audiencia deberá limitarse a anular o a dejar sin efecto lo decidido en el laudo de forma total o parcial, pero sin corregir las deficiencias u omisiones del mismo, como tampoco podrá entrar a valorar el fondo de lo resuelto¹⁰³⁶.

¹⁰³⁴ Ver páginas 36 y siguientes. A favor de este razonamiento Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 26 de noviembre de 2002, fundamento de Derecho segundo; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) 494/2002, de 4 de noviembre, fundamento de Derecho segundo; BOSSI, A., “L’impugnazione di lodo di fronte alla Corte di Appello di Milano”, ob.cit., págs. 4 y ss.; ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M., “La controvertida firmeza del laudo”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, pág. 208; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 250 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., págs. 111 y ss. En contra de esta interpretación, aunque considero que no es una interpretación extensible a la actual Ley de Arbitraje 60/2003 (artículo 41.1.e), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) 63/2002, de 6 de febrero, fundamento de Derecho segundo al afirmar que “cuando se habla de control judicial del orden público del laudo se hace referencia al orden público *in procedendo*” y no *in iudicando*”.

¹⁰³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8ª) 442/2001, de 27 de julio, fundamentos de Derecho segundo y tercero; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 259 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., págs. 119 y ss.

¹⁰³⁶ MARTÍN BRAÑAS, C., “La anulación del laudo arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral”, ob.cit., pág. 148; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., págs. 147 y ss.; Auto de la Audiencia Provincial

Si la acción de anulación es desestimada, se confirma la validez y la firmeza del laudo arbitral. Pero por el contrario, la declaración de nulidad del laudo hace que las partes del arbitraje queden en la misma situación que si no hubiera habido arbitraje. Si se declara que el convenio arbitral no era válido o era inexistente, las partes podrán realizar un nuevo convenio arbitral o acudir a la vía judicial para solucionar este conflicto; pero en caso de que el convenio arbitral fuera válido, una vez declarado nulo el laudo deberán las partes someter a un nuevo arbitraje la resolución de su controversia¹⁰³⁷.

B) La revisión del laudo firme: casos excepcionales

Tal y como dice la propia Ley de Arbitraje, el laudo firme produce los efectos de la cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (artículos 43 LA, 509 y siguientes LEC).

No se trata de un recurso, porque cuando se pretende la revisión de un laudo se ejercita una nueva acción fundada en la existencia de una serie de circunstancias que permiten sospechar que el contenido del laudo arbitral es injusto o erróneo. Tiene carácter extraordinario, debiéndose interpretar las causas en que puede fundarse restrictivamente¹⁰³⁸.

La revisión deberá versar sobre alguno de los presupuestos objetivos del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y así constar en la demanda. Es decir, solamente podrá entablarse un proceso de revisión de un laudo firme cuando, después de dictado un laudo, se recobraran u obtuvieran documentos decisivos, de los que no se hubiera

de Madrid (Sección 9ª), de 11 de octubre de 2002, Razonamiento jurídico cuarto; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) 2142/2000, de 18 de abril, fundamento de Derecho quinto.

¹⁰³⁷ ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M., “La controvertida firmeza del laudo”, ob.cit., pág. 216; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 278 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., págs. 146 y ss.

¹⁰³⁸ CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 232; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., pág. 280; MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 323; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., págs. 153 y ss.

podido disponer durante el procedimiento arbitral por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado el laudo.

También se podrá instar cuando el laudo hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes que habían sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad se declarase posteriormente en un proceso penal. Si hubiere recaído el laudo en virtud de prueba testifical o pericial y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio por las declaraciones que sirvieron de fundamento para el laudo; así como si la parte vencedora lo hubiere sido en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta (artículo 510 LEC).

Aunque el árbitro no cuenta con la condición de funcionario público, sí es una autoridad reconocida por el Estado para la aplicación de la Ley y el ejercicio de la justicia. Así lo reconoce el artículo 422 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando dice que el delito de cohecho se aplicará también a los árbitros o a cualquier persona que participe de la función pública.

Está legitimado para solicitar la revisión quien hubiere sido perjudicado por el laudo o sentencia firme que se impugna, aunque este recurso nunca podrá solicitarse transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia o del laudo que se pretende impugnar. Dentro de estos cinco años se podrá solicitar la revisión, pero siempre y cuando no hayan transcurrido tres meses desde que se descubrieron los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad (artículos 511 y 512 LEC).

Solamente son revisables los laudos o las sentencias firmes, por lo que no son revisables los autos dictados en los supuestos en los que se acuda a la designación judicial del árbitro, o los que se dicten en relación con la tutela cautelar o con la ejecución de laudos arbitrales¹⁰³⁹.

¹⁰³⁹ CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 234.

El tribunal competente deberá únicamente determinar si se han dado los presupuestos para poder o no rescindir la resolución por concurrir alguno de los motivos del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ningún caso podrá el tribunal entrar a valorar el fondo del asunto o la aplicación del Derecho¹⁰⁴⁰.

Si el tribunal estimare procedente la revisión rescindiré el laudo, es decir dejaré sin eficacia el laudo como si nunca se hubiera dictado. En un proceso judicial el tribunal devolverá los autos al juez para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente. Pero en el arbitraje los árbitros en el momento en que dictan el laudo cesan en sus funciones y por tanto carecen de competencia para recibir los autos correspondientes (artículos 38.1 LA y 516.1 LEC). En este caso podrán las partes del proceso someter la cuestión a un nuevo arbitraje si el convenio arbitral original sigue siendo válido o realizar otro convenio arbitral *ad hoc* para resolver el conflicto, o, de no ser válido el convenio arbitral, podrán acudir a la vía judicial¹⁰⁴¹.

Si se desestimare la pretensión de la parte recurrente de revisar el laudo, hará que el laudo sea firme, se condenará en costas al demandante y se perderá el depósito (300 euros) que hubiere realizado (artículos 513 y 516.2 LEC); y contra la sentencia que dicte el tribunal de revisión no se dará recurso alguno (artículo 516 LEC).

C) El recurso de amparo en tutela de los derechos y de las libertades fundamentales

El artículo 53.2 de la Constitución Española regula el recurso de amparo. Este recurso tiene carácter subsidiario, lo que significa que es necesario el previo agotamiento de los recursos y las acciones judiciales establecidas en el ordenamiento¹⁰⁴².

Solamente se podrá interponer este recurso frente a las violaciones de los derechos fundamentales que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión

¹⁰⁴⁰ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., pág. 209.

¹⁰⁴¹ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, ob.cit., pág. 210.

¹⁰⁴² BORRAJO INIESTA, I., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995, págs. 125 y ss.; MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, ob.cit., pág. 17.

de un órgano judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, dentro de los 30 días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, siendo este un plazo de caducidad, por lo que transcurrido dicho plazo habrá caducado toda posibilidad de corregir la vulneración del derecho alegado¹⁰⁴³.

Cuando haya habido vulneraciones a los derechos y a las libertades fundamentales, tanto de carácter sustantivo como de naturaleza procesal, durante aquellas fases del procedimiento arbitral en que resulte necesaria la intervención judicial, como por ejemplo en la formalización judicial del arbitraje, durante la acción de anulación del laudo o durante la ejecución forzosa del laudo, podrá acudir al Tribunal Constitucional. Pero no podría instarse un recurso de amparo con el fin de revisar el laudo arbitral, ya que el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias ha afirmado la constitucionalidad del arbitraje, así como que a través de él se garantiza la tutela judicial efectiva. Se ha reconocido al arbitraje como un método heterónomo de solución de conflictos con fundamento en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, siendo un equivalente jurisdiccional (artículo 48 y siguientes de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional)¹⁰⁴⁴.

Así se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional, afirmando que “el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que «este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC [RCL 1979, 2383]), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo» (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre [RTC 1996, 176], F. 1; 13/1997, de 27 de enero [RTC 1997, 13], F. 2). «Sólo en la medida en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial

¹⁰⁴³ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, ob.cit., págs. 233 y ss.

¹⁰⁴⁴ CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 217 y ss.; MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, ob.cit., págs. 31 y ss.; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Pleno) 174/1995, de 23 de noviembre, fundamento jurídico tercero; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 176/1996, de 11 de noviembre, fundamento jurídico segundo; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 9/2005, de 17 de enero, fundamentos jurídicos segundo y tercero.

efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE (RCL 1978, 2836) puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea «imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles» dichas garantías, pero trasladar éstas «con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción» (STC 13/1997, de 27 de enero, F. 2)»¹⁰⁴⁵.

Están legitimados para interponer un recurso de amparo todas las personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo¹⁰⁴⁶, además del defensor del pueblo y del Ministerio Fiscal. Pero no podrá denunciar la vulneración de un derecho constitucionalmente tutelado, como por ejemplo la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 24 de la Constitución Española, quien habiendo podido defenderse, no lo ha hecho por negligencia, por desinterés o por decisión propia¹⁰⁴⁷.

El Tribunal Constitucional únicamente podrá determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales, pero no podrá en ningún caso entrar a conocer sobre el fondo del acto del poder público que se impugna, no pudiendo entrar a valorar la

¹⁰⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 9/2005, de 17 de enero, fundamento jurídico segundo.

¹⁰⁴⁶ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, ob.cit., págs. 188 y siguientes, analizan la teoría del interés legítimo, y dicen que “la existencia de interés legítimo debe partir de que ese interés responde necesariamente a la afirmación de titularidad de dos relaciones o situaciones jurídicas; respecto de la primera de ellas la persona afirma su titularidad y respecto de la segunda afirma la titularidad por otras personas, pero es la conexión entre esas dos relaciones o situaciones la que hace que la segunda sea prejudicial de la primera. El legitimado por el interés afirma la titularidad de una relación o situación jurídica, que no es la litigiosa, y afirma que otras personas son titulares de otra relación jurídica o situación jurídica, que es la litigiosa, de modo que, si bien aquél no trata de sujetar a estas otras personas a prestaciones de hacer, no hacer o dar, sí debe tratarse de que: 1. a) Negativamente, por medio de esa legitimación una persona pretende evitar el perjuicio que le podría ocasionar, en su relación o situación jurídica, la realización de una actividad por otra persona. (...) 2.a) Positivamente, de la misma manera, se trataría de que una persona puede obtener en su relación o situación jurídica un beneficio por medio de la tutela judicial de ese interés, beneficio que no tiene que ser necesariamente económico, aunque lo sea normalmente. El interés es entonces la ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en su relación o relación jurídica en caso de prosperar la pretensión ejercitada en el proceso, y su existencia viene determinada por la efectividad de esa utilidad”.

¹⁰⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 334/1993, de 15 de noviembre, fundamento jurídico tercero; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 107/1999, de 14 de junio, fundamento jurídico sexto. Puede definirse la tutela judicial efectiva como “el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales con arreglo a las normas de procedimiento legalmente establecidas y a obtener de ellos una respuesta motivada y de fondo, dotada de invariabilidad, y a la ejecución de lo resuelto”. MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, ob.cit., págs. 63 y ss.

interpretación que del Derecho ha efectuado el órgano judicial del que emana el acto, porque tal función corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria (artículo 117.3 CE)¹⁰⁴⁸.

El control por el Tribunal Constitucional de las resoluciones judiciales se limitará “a la comprobación de la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en su argumentación jurídica (STC 112/1996, ya citada, F. 2). Dicho de otra forma, el artículo 24.1 de la Constitución no ampara el acierto de las resoluciones judiciales; la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, y el control del Tribunal Constitucional ha de limitarse a aquellos supuestos en los cuales la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonada, irrazonable o fruto de un error patente, supuestos éstos que hemos llegado a denominar de simple apariencia del ejercicio de la Justicia (SSTC 148/1994, de 12 de mayo [RTC 1994, 148] F. 4, y 2/1997, de 13 de enero [RTC 1997, 2], F. 2)”¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁸ CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 218; BORRAJO INIESTA, I., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, ob.cit., págs. 25 y ss.; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 32/2002, de 11 de febrero, fundamento jurídico cuarto; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 68/2002, de 21 de marzo, fundamento jurídico cuarto. En este sentido se ha pronunciado también la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 176/1996, de 11 de noviembre, fundamento jurídico cuarto, al afirmar que solicitar que el órgano jurisdiccional entre a valorar el fondo del asunto debatido en un arbitraje “no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988 [RTC 1988\43], 233/1988 [RTC 1988\233], 15/1989 [RTC 1989\15], 288/1993 [RTC 1993\288] y 174/1995 [RTC 1995\174_]), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 [RTC 1991\62] y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del L.A. y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985 [RTC 1985\99], 50/1990 [RTC 1990\50] y 149/1995 [RTC 1995\149], entre otras).

¹⁰⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 32/2002, de 11 de febrero, fundamento jurídico cuarto; en el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 9/2005, de 17 de enero, fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

3. El papel del Registro Mercantil en el arbitraje societario

3.1 La inscripción de la cláusula arbitral

El Registro Mercantil juega un papel importantísimo en el control y la eficacia del arbitraje societario, en la fase previa al arbitraje e incluso antes del nacimiento del conflicto, durante la tramitación del arbitraje y una vez finalizado éste.

En el primer momento en que el Registro Mercantil entra en escena es para la inscripción de la cláusula arbitral estatutaria. Esta es la forma que se ha considerado más eficiente para resolver futuros conflictos que se presenten en el seno de una sociedad de capital¹⁰⁵⁰.

Es importantísimo que el convenio arbitral y, en este caso en concreto, la cláusula arbitral estatutaria esté bien redactada, ya que la mayoría de los problemas que se presentan a la hora de recurrir al arbitraje tienen su causa en la mala redacción de las mismas o, como se conoce en el mundo arbitral por la presencia de cláusulas arbitrales “patológicas” que hacen que no sea posible acudir al arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción porque no está bien determinado, o no se han establecido los criterios para determinar el árbitro o la corte arbitral competente, no se establecen bien las controversias que puedan someterse a arbitraje, o tiene cualquier otro error que impide su ejecución.

En este momento juegan un papel muy importante de asesoramiento y de control de la legalidad de las cláusulas arbitrales los notarios, que deben informar a las partes, y en este caso a los socios fundadores, sobre las características y la naturaleza jurídica del arbitraje¹⁰⁵¹.

De ser posible, deberá optarse por la cláusula tipo de las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria, aprobada por los registradores mercantiles, asegurando así la validez del convenio, con el fin de evitar futuros problemas de eficacia del arbitraje,

¹⁰⁵⁰ Ver páginas 220 y siguientes.

¹⁰⁵¹ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 14.

dejando muy claro quién ha de ser el árbitro o qué institución arbitral deberá encargarse de llevar a cabo el procedimiento.

El convenio arbitral tipo para controversias intrasocietarias dice¹⁰⁵²:

1. Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de Derecho por uno o más árbitros, en el marco de la Corte, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral.

2. Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se substanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral.

3. La Corte no nombrará árbitro o árbitros en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o decisiones hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de la adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

4. En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia Corte fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos.

5. Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes, su compromiso de cumplir el laudo que se dicte.

Las sentencias reiteradas del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado legitiman la inscripción registral de la cláusula arbitral estatutaria con el fin de dirimir mediante esta vía los litigios intrasocietarios. El registrador únicamente podrá calificar la legalidad de las formas extrínsecas del documento en el que se encuentra la cláusula arbitral, así como la

¹⁰⁵² En http://www.camaras.org/publicado/arbitraje/clausula_625.html, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007].

capacidad y la legitimación de los que la otorguen o suscriban y la validez de su contenido, pero el registrador no podrá determinar qué materias son o no arbitrables, ya que es el árbitro primero y luego el juez, quienes serán competentes para determinar si se trata de materia arbitrable o no (artículos 22 LA, 6 RRM y 18.2 CCom)¹⁰⁵³.

En este sentido, la Resolución más representativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil), de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998/1118), afirma en el fundamento de Derecho tercero que “puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo pueden ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones accesorias, el régimen de separación y, tantas otras que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos. Un pacto compromisorio extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, pero si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socios, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria”.

3.2 La inscripción del laudo arbitral

La nueva Ley de Arbitraje (2003) establece como potestativa la protocolización del laudo, exigiendo únicamente que éste sea dictado por escrito y con la firma de la mayoría de los árbitros. En caso de querer protocolizarlo notarialmente, cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar a los árbitros, antes de la notificación, para que éste sea protocolizado (artículo 37 LA)¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵³ CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., págs. 68 y ss.; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil) 2/2005, de 4 de mayo, fundamento de Derecho sexto.

¹⁰⁵⁴ CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 161; FRANCO ARIAS, J., “Artículo 44 y 45. La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 181.

En el caso específico de la impugnación de un acuerdo de junta general de una sociedad de capital, si éste es inscribible, el laudo arbitral deberá constar en un documento público y por tanto deberá protocolizarse notarialmente. Por esta razón es importante que en el convenio arbitral se establezca la protocolización notarial del laudo, cuando se prevea que los laudos deberán ser ejecutados o inscritos, o que por su trascendencia convenga su custodia indefinidamente, ya que de acuerdo a la actual Ley las partes podrán instar, solamente antes de la notificación del laudo, al árbitro para que el laudo sea protocolizado. Aunque si ambas partes están de acuerdo no habrá problema en hacerlo en un momento posterior a la notificación (artículo 37.8 LA)¹⁰⁵⁵.

El notario no es un “testigo pasivo”, sino que siendo imparcial como es, deberá asesorar a las partes e incluso penetrar en el acto o negocio jurídico, siempre y cuando no violente la voluntad de las partes. En ocasiones el laudo se puede presentar incompleto, deformado y a veces hasta contrario a Derecho; pero el notario no podrá entrar a valorar las irregularidades en el fondo del laudo, respecto de las cuales el árbitro es el único competente. A pesar de esto, el notario sí podrá asesorar al árbitro en los casos en que existan errores u omisiones de fácil corrección o subsanación en los que no se afecte al fondo del asunto, pero que pueden producir su invalidez o ineficacia¹⁰⁵⁶.

El control de legalidad que deberá hacer el notario se refiere casi exclusivamente a la propia actividad del notario, no al fondo del asunto que protocoliza, a menos que sea contrario al orden público, la moral, las buenas costumbres o constituya un delito¹⁰⁵⁷.

En caso de laudo o sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible, se deberá inscribir en el Registro Mercantil y publicar un extracto en el BORME. Además, como a menudo un acuerdo nulo afecta a los siguientes, deberá pedirse que se declaren nulos también los acuerdos posteriores contrarios al acuerdo impugnado. En este caso, el registrador no constituye una instancia revisora del laudo y

¹⁰⁵⁵ CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, ob.cit. págs. 162 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 254.

¹⁰⁵⁶ CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 14; CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, ob.cit. págs. 165 y ss.

¹⁰⁵⁷ CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, ob.cit. pág. 172.

únicamente debe ser acatado sin entrar tampoco a valorar el fondo (artículos 122 LSA y 156 RRM)¹⁰⁵⁸.

4. Procedimiento para la impugnación de los acuerdos de una junta general de una sociedad de capital mediante arbitraje institucional

El procedimiento para impugnar un acuerdo de junta general de una sociedad de capital mediante arbitraje institucional tiene particularidades que se analizarán en este apartado por ser el procedimiento arbitral que mejor se adecua a las exigencias societarias.

Existe un procedimiento específico que se deberá adaptar a la voluntad de las partes y, si éstas así lo han querido, al reglamento de alguna Corte Arbitral (artículo 25.1 LA).

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje, en el arbitraje no entran en juego “las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución”.

Y el artículo 27 de la Ley de Arbitraje dice que salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje.

Pero si se ha optado por un arbitraje institucional, previamente ha habido otro paso. El primer paso para iniciar un arbitraje es hacer un escrito de solicitud de arbitraje o demanda de arbitraje. Este escrito se debe entregar en el Registro de la Corte de Arbitraje y de ahí se pasa a la secretaría.

¹⁰⁵⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, ob.cit., pág. 344; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., págs. 33 y ss.; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), de 11 de octubre de 2002, Razonamientos jurídicos tercero y cuarto.

Junto con el escrito de solicitud de arbitraje, también es común que las instituciones arbitrales tengan establecido un monto por concepto de admisión del procedimiento, el cual es fijo y no dependerá de si es o no aceptada la solicitud, sino que es simplemente por concepto de recibo, el cual deberá depositar el solicitante del arbitraje y entregar un justificante junto con la solicitud.

Lo primero que debe hacer la secretaría de la Corte de Arbitraje es revisar la cláusula arbitral, que no sea una cláusula patológica o que tenga defectos que impidan el arbitraje o que acarreen posibles acciones de anulación. En la cláusula también se debe revisar la competencia de la Corte a la que se acude, si así se nombra expresamente o, en caso contrario, ver si esa cláusula es apta para afirmar su competencia en dicho pleito. Todo este procedimiento se lleva a cabo en el ámbito interno de la Corte¹⁰⁵⁹.

En este momento, la secretaría de la Corte deberá revisar si es o no competente para llevar a cabo el procedimiento, sin entrar a valorar el fondo del asunto, ya que de esto es competente únicamente el árbitro. De no cumplirse con el sometimiento expreso a determinada institución arbitral, en la práctica se acostumbra a citar a ambas partes a una audiencia previa con el fin de que acepten la competencia de la institución y el nombramiento del árbitro, aceptación sin la cual no se puede seguir adelante con el arbitraje¹⁰⁶⁰.

Cuando se ha estudiado si la cláusula es correcta, por una orden previa del pleno de la Cámara de Comercio (como ejemplo de una institución arbitral), se nombra a un árbitro especialista en la materia de la lista de abogados árbitros de la Corte. En este momento se hace una diligencia por parte del secretario de la Corte para que el demandante en 20 días haga el ingreso de la cuota de admisión, si aún no lo ha hecho, además del 50% de los honorarios correspondientes al procedimiento y de los gastos de administración. Si el demandado una vez notificado no ingresa la parte que le corresponde, deberá ingresarlo el demandante y, de no ser así, se archivará el proceso (artículo 21.2 LA).

¹⁰⁵⁹ Información obtenida de entrevistas y estudio facilitado por el Secretario de la Corte de Arbitraje de Toledo don FRANCISCO JAVIER MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, 29 de junio de 2009.

¹⁰⁶⁰ Este es el procedimiento seguido por ejemplo en la Corte Arbitral de Toledo.

Los gastos y honorarios del proceso se fijan en función de la cuantía del pleito. En el caso de la impugnación de acuerdos sociales, se ha alegado que hay problemas en su determinación. Para esto debemos acudir a la Ley de Enjuiciamiento civil artículos 251 y siguientes.

En el caso de la impugnación de acuerdos sociales, no se puede hacer un cálculo de dicho interés conforme a las reglas de determinación de la cuantía por lo que se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario, en las que se presupone que son mayores a 3000 euros (artículos 249.1.3º y 253.3 LEC).

El árbitro una vez notificado de su nombramiento debe hacer un escrito dirigido a la Corte de Arbitraje aceptando su cargo y manifestando que no concurre en él ningún hecho o circunstancias que pueda afectar su independencia e imparcialidad de las partes del procedimiento, dentro de los 15 días siguientes (artículo 16 LA).

Las partes deberán conocer la identidad de los árbitros con el fin de poder ejercitar su derecho de recusar en tiempo y forma a aquellos que considere que no son imparciales o no cumplen con los requisitos establecidos en el convenio arbitral para ejercitar tal función (artículos 17 y 18 LA)¹⁰⁶¹.

Una vez asegurada la competencia de la Corte y satisfechos los gastos del arbitraje, dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que la las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula. Una vez interpuesta la demanda se dará traslado al demandado, el cual podrá responder a lo planteado en la demanda (artículo 29.1 LA).

Si el demandado no contesta, estará en estado de rebeldía, lo que no implica ninguna presunción en contra suya, y la Corte deberá seguir dándole traslado de todos los documentos y resoluciones que se generen en el proceso, porque si no se produciría indefensión y sería causa de anulación. Esta actitud del demandado no provoca

¹⁰⁶¹ CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 209.

anticipadamente el fin del procedimiento arbitral ni supone un perjuicio para el demandado, ya que no puede considerarse como admisión de los hechos ni como un allanamiento (artículos 31.b LA y 496 y siguientes LEC)¹⁰⁶².

Si la cláusula lo ha previsto, se puede notificar a terceros interesados en el resultado de la impugnación que este procedimiento se está llevando a cabo, con la intención de que se personen en el proceso y hagan valer sus derechos, si esta es su intención, aunque no estén obligados a ello.

Aunque no está regulada esta posibilidad en el procedimiento arbitral, el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula esta posibilidad para sujetos originariamente no demandantes ni demandados, cuando acrediten tener interés legítimo y directo en el resultado del pleito. La solicitud de intervención sería resuelta por el árbitro, previa audiencia de las todas las partes personadas.

En este sentido habría que fomentar que en la redacción de las cláusulas arbitrales se incluya esta especificad con el fin de evitar la indefensión que a éstos se pueda producir; así mismo para evitar la posible realización de procedimientos paralelos instados por socios ante un árbitro y de un procedimiento judicial instado por un tercero, que evidentemente no está vinculado por la cláusula arbitral¹⁰⁶³.

Después de la contestación, el árbitro da un plazo para la propuesta y la práctica de la prueba, aunque la proposición de la prueba en el arbitraje no es una facultad exclusiva de las partes, sino que los árbitros pueden solicitar también de oficio determinadas pruebas (artículos 25.2 y 32.1 LA; 429.1 LEC).

Una vez propuesta la prueba, el árbitro, de ser necesario, convoca a las partes un día determinado para su práctica (artículo 30.1 LA). De la práctica se levanta acta por el secretario de la Corte, que deben firmar las partes.

¹⁰⁶² Entrevista a Secretario de la Corte de Arbitraje de Toledo, don FRANCISCO JAVIER MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, 29 de junio 2009; CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 162.

¹⁰⁶³ En la práctica, he podido constatar a través de las diferentes entrevistas que he realizado a las Cortes Arbitrales, que con el fin de evitar problemas y llevar a cabo el procedimiento cumpliendo con el mayor número de garantías para todos los afectados, hacen uso de este recurso procesal.

En cuanto a la prueba, se deberá tratar a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, estando obligados por Ley tanto los árbitros, como las partes y las instituciones arbitrales a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales (artículo 24 LA).

Todas las partes tienen derecho a ser tratadas con igualdad de oportunidades para hacer valer sus pretensiones. La igualdad en el procedimiento requiere que no haya ningún tipo de preferencia con respecto de una u otra parte, lo que implica, a su vez, la igualdad de oportunidades de alegación, de prueba y de impugnación de las decisiones arbitrales¹⁰⁶⁴.

El principio de audiencia se considera en la Ley de Arbitraje como un derecho y no como una obligación, por lo que si la parte demandada se constituye en rebeldía no es esto causa para no continuar con el procedimiento.

Por su parte, el principio de contradicción exige la audiencia de la parte frente a quien se dirige la demanda arbitral, concediéndole la oportunidad de hacer valer los medios de defensa que estime oportunos. Este principio se satisface concediendo a la parte demandada la posibilidad de actuar en el proceso, permitiéndole una representación letrada, el conocimiento previo de la demanda, el derecho a contestar la demanda y el derecho a la última palabra en la fase de alegaciones y conclusiones¹⁰⁶⁵.

Si las partes no han dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación de la demanda o de la expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada (artículo 37.2 LA).

La necesidad de que el laudo sea dictado dentro del plazo es un elemento esencial del arbitraje. El árbitro tiene como fundamento de su competencia el nombramiento hecho por las partes y durante el tiempo por el cual se les nombró;

¹⁰⁶⁴ CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 199 y 202.

¹⁰⁶⁵ CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 200 y ss.

perdiendo esta potestad una vez transcurrido este plazo, siendo su actuación ilegítima, ya que carecería de causa, viciando de nulidad al laudo (artículo 37.2 LA). Una vez vencido el plazo no hay ni procedimiento arbitral ni árbitros. Pero en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se podría convalidar por las partes un laudo extemporáneo, aunque con tal fin se exigiría un nuevo consentimiento expreso de todos los involucrados, sin que en ningún caso pueda presumirse, ni tampoco por el no ejercicio de alguno de los remedios procesales existentes¹⁰⁶⁶.

El laudo que declare un acuerdo de junta general nulo o anulable afectará a todos los accionistas presentes y futuros, pero tal y como hemos reiterado en numerosas ocasiones a lo largo de esta investigación, no afectará a terceros de buena fe. Esta resolución se limitará a declarar la nulidad o la anulabilidad de determinado acuerdo y, en su caso, a ordenar la cancelación de las inscripciones correspondientes. El árbitro en ningún caso podrá subrogarse en las facultades de la junta y determinar lo que la junta debió de haber acordado, pues ésta es quien debe adoptar los acuerdos sociales que correspondan como consecuencia de la declaración de nulidad o anulabilidad del acuerdo anterior¹⁰⁶⁷.

El laudo debe constar por escrito y estar firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 37.3 LA).

El laudo debe ser motivado. El árbitro deberá explicitar sus motivaciones para llegar a esa decisión, valorando la prueba y los hechos que motivaron el procedimiento, tanto si el arbitraje ha sido conforme a Derecho como si lo ha sido conforme a equidad. A su vez, el laudo debe cumplir con los requisitos de claridad y precisión expositiva y de fundamentación, al igual que cualquier resolución judicial (artículo 37.4 LA)¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, ob.cit. págs. 168 y ss.

¹⁰⁶⁷ ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*, ob.cit., pág. 624; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 343.

¹⁰⁶⁸ CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 180; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 202 y ss.

Además, el laudo debe ser congruente, es decir, el laudo debe guardar correlación con lo que ha sido el objeto arbitral, entre las personas que han intervenido como partes, en relación con las peticiones y las alegaciones realizadas (artículos 39.1.c) y 41.1.c) LA)¹⁰⁶⁹.

Con la emisión del laudo, los árbitros cesan en su mandato, conservando competencia únicamente para notificar a las partes el mismo y para realizar las posibles correcciones, aclaraciones o complementos del laudo que sean oportunos (artículos 37, 38, 39 y 41 LA).

De acuerdo al artículo 37.7 de la Ley de Arbitraje, el laudo deberá notificarse en la forma y en el plazo que las partes hayan acordado o, en su defecto, mediante la entrega a cada una de ellas de un ejemplar por escrito y firmado por los árbitros, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación. En este sentido la jurisprudencia ha dicho que cabe exigirle al árbitro la debida diligencia para que el laudo llegue a conocimiento efectivo de la persona a quien se pretende notificar¹⁰⁷⁰.

De acuerdo también con la voluntad de las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, incluyendo los honorarios y los gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y los gastos de los defensores o los representantes de las partes, los gastos de la institución arbitral y los demás gastos originados (artículo 37.6 LA).

VI. Breve referencia al arbitraje de la impugnación de acuerdos del consejo de administración

La impugnación de los acuerdos del consejo de administración se tramitará conforme a las normas establecidas para la impugnación de los acuerdos de la junta general (artículos 143 LSA y 70 LSRL). Por esta razón únicamente se hará en este

¹⁰⁶⁹ CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, ob.cit., pág. 179.

¹⁰⁷⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), nº 415/2006, de 20 de septiembre, Fundamento de Derecho quinto.

apartado una breve mención sobre las particularidades que presenta este procedimiento desde el punto de vista arbitral.

La impugnación de los acuerdos del consejo de administración tiene su razón de ser en los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores. Cumple la misma función que la impugnación de los acuerdos de la junta general, es decir, busca evitar la ejecución de un acuerdo cuyo contenido o procedimiento de adopción fuera contrario a la Ley, a los estatutos o resulte lesivo para el interés social (artículos 127 y siguientes LSA)¹⁰⁷¹.

Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos o anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de 30 días desde su adopción. También están legitimados para impugnar los acuerdos del consejo de administración los socios que representen un 5% del capital social, en el plazo de 30 días desde que tuvieron conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción (artículos 143 LSA y 70 LSRL).

Al estar la legitimación para impugnar en este caso tan delimitada y sus efectos quedar reducidos al ámbito interno de la sociedad, es evidente que el arbitraje es una opción que no presenta ningún tipo de objeciones como método alternativo a la jurisdicción para resolver posibles impugnaciones de acuerdos del consejo de administración. No hay terceros legitimados y todos los que se verán afectados podrán participar en él, siendo además una vía realmente eficaz y con claras ventajas sobre el procedimiento judicial por su celeridad y discreción, elementos éstos indispensables para el buen desarrollo de las funciones del consejo en aras de una buena administración de la sociedad.

¹⁰⁷¹ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., págs. 27, 158, 168 y 191 y ss. De acuerdo con QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deber de Diligencia”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 421, la diligencia, como norma de conducta idealmente correcta se contrapone a la lealtad, la cual dice que “estaría más referida a la esfera externa o representativa, desplegando sus efectos particularmente en los supuestos de conflicto de interés, que es donde tiene sus manifestaciones más significativas, mientras que la diligencia operaría sobre todo en la esfera interna o de gestión, reclamando del administrador una determinada atención a los asuntos sociales, un nivel suficiente de dedicación a sus funciones y de adopción de las iniciativas que le corresponden, una participación efectiva en las tareas orgánicas, o, en definitiva, un diligente desempeño del cargo aceptado, tal como lo haría un empresario cuidadoso, ordenado y prudente”.

Por otra parte, no existe en la Ley ninguna diferencia en cuanto a la legitimación activa para impugnar dependiendo del tipo de vicio que esté afectando al acuerdo. Para los administradores impugnar el acuerdo viciado del consejo no se basa en un interés propio, sino que es un auténtico deber consecuencia de la necesidad de cumplir sus obligaciones con la diligencia debida conforme al interés social (artículos 127 LSA y 61 LSRL)¹⁰⁷².

La impugnación de acuerdos del consejo de administración tiene como presupuesto esencial que se trate de un acuerdo adoptado por un órgano colegiado. No se aplicará este régimen a quienes no tengan esta naturaleza orgánica, como serían los directores generales, los gerentes o los apoderados. Tampoco se aplicará el régimen previsto en el artículo 143 de la Ley de Sociedades Anónimas para la impugnación de las decisiones de los administradores únicos, de los administradores solidarios o de los consejeros delegados; como tampoco se aplicará a las decisiones de los órganos pluripersonales cuando actúen de una forma mancomunada¹⁰⁷³.

Aunque para los socios no hay una definición concreta del deber de fidelidad, para los administradores sí la hay. Los administradores deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Deberán así cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social (artículos 127, 127 *bis* LSA y 61 LSRL). De esta manera, los administradores en el desarrollo de sus funciones no pueden defender intereses ajenos al interés social ya que son ellos quienes, a través del cumplimiento diligente y leal de sus funciones, llevan a cabo la gestión y la representación de la sociedad (artículo 127 *ter* LSA)¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷² EMBID IRUJO, J., “Impugnación de acuerdos”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1530 y ss. El interés social puede entenderse “como una referencia que integra un interés común a todos los socios y que por ello merece una consideración prioritaria frente a los intereses particulares de los socios o de grupos de éstos. También se entiende que al decirse que el interés social es el interés de la sociedad, no estamos ante un mero sinónimo, sino frente a la ilustración de la persona jurídica como titular de un interés propio (distinto y más amplio que el común a sus socios) y cuya defensa vincula a todos ellos”. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Interés Social”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 709.

¹⁰⁷³ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 157.

¹⁰⁷⁴ MAMBRILLA RIVERA, V., “Deber de fidelidad (y de lealtad)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 429; ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., págs. 192 y 345.

Serán anulables aquellos acuerdos que contravengan los estatutos, así como los adoptados por los administradores en una situación de conflicto de interés con la sociedad. Los administradores, en el ejercicio de sus funciones, no pueden perseguir intereses distintos al interés social, siendo el voto en el consejo un derecho y una función, el cual deberá ser ejercitado en función del interés social y no será libremente disponible por ellos¹⁰⁷⁵.

En cambio, serán nulos los acuerdos del consejo de administración cuando vayan en contra de la Ley, el orden público o los intereses generales (artículo 115 LSA).

En primer lugar, serán nulos de pleno Derecho los acuerdos del consejo que contravengan las normas de orden público. El orden público, tal y como vimos en apartados anteriores¹⁰⁷⁶, se deberá considerar como el orden público societario, el cual se centra en los elementos configuradores de la Sociedad Anónima o de la Sociedad de Responsabilidad Limitada¹⁰⁷⁷.

En segundo lugar, serán nulos aquellos acuerdos que vayan en contra de los intereses generales, ya que están fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de los administradores, porque son aquél conjunto de normas promulgadas en protección de los intereses colectivos, por encima de los intereses particulares y privados. Por lo tanto, serán nulos los acuerdos del consejo que vayan en contra de los preceptos reguladores del funcionamiento del mercado, las normas de competencia o las que afectan al mercado financiero y de capitales; así como los que infrinjan normas imperativas y prohibitivas de todas las ramas del Derecho. Además, también serán nulos aquellos acuerdos que contraríen las buenas costumbres. Con esto el legislador pretende restringir la autonomía contractual en defensa de valores de naturaleza colectiva que

¹⁰⁷⁵ MAMBRILLA RIVERA, V., “Conflicto de Intereses (administradores)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 349. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) 128/2009, de 6 marzo, fundamento de Derecho segundo, ha dicho que un acuerdo no será anulable porque contravenga un pacto parasocial, afirmando que “la mera infracción de un convenio parasocial no baste, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social - sentencia de 10 de diciembre de 2.008 -. Lo que, en el supuesto que se enjuicia, caracterizado porque los acuerdos son plenamente conformes con los estatutos y no se han impugnado por lesionar los intereses sociales, implica la necesidad de averiguar si infringieron, además de o junto al pacto, alguna norma jurídica”.

¹⁰⁷⁶ Ver páginas 36 y siguientes y 334 y siguientes.

¹⁰⁷⁷ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., págs. 231 y 277.

afectan a la convivencia de los ciudadanos y a la organización social (artículos 1255, 1271 y 1275 CC)¹⁰⁷⁸.

La sociedad será la legitimada pasiva de la impugnación, compareciendo quien fuera titular del poder representación, es decir, el propio consejo, a título individual o conjunto, según la mención hecha a tales efectos en los estatutos (artículos 128 LSA y 62 LSRL). De ser el impugnante quien tuviera atribuido el poder de representación, corresponderá al consejo personarse en el proceso y, si no fuese posible, será el juez quien designe a la persona que ha de representar a la sociedad (artículo 117.3 LSA)¹⁰⁷⁹.

El procedimiento arbitral se llevará a cabo de la misma forma que para la impugnación de un acuerdo de junta general y, en el estado actual de la Ley de Arbitraje, éste podrá ser conforme a Derecho o conforme a criterios de equidad; aunque, por la materia afectada y su trascendencia para la buena marcha social, sería preferible optar por un arbitraje de Derecho y, en caso de tratarse de asuntos técnicos, podría el árbitro contar con el asesoramiento de peritos (artículo 32 LA)¹⁰⁸⁰.

En este proceso no hay terceros involucrados, no se verán afectados por la impugnación, ni tampoco cuentan con la legitimación para impugnarlos. Se trata de acuerdos sobre la vida y las relaciones internas de la sociedad, los cuales cuentan a su vez con un periodo de caducidad de la acción para impugnar muy corto (30 días), lo que lleva a afirmar de forma general que se trata de materia disponible y por tanto susceptible de ser sometida al cauce arbitral en caso de generarse conflictos.

VII. Propuestas de reforma a la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, desde el punto de vista del Derecho de sociedades

A pesar de que generalmente se prefiere que las leyes, aún con lagunas o carencias, se queden tal y como están por el miedo a que el remedio sea peor que la regulación actual, considero que es indispensable para esta Tesis plantear posibles

¹⁰⁷⁸ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, ob.cit., págs. 231 y ss.

¹⁰⁷⁹ EMBID IRUJO, J., “Impugnación de acuerdos”, ob.cit., pág. 1533.

¹⁰⁸⁰ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), nº 140/2001, de 4 de junio, fundamento de Derecho cuarto.

reformas a la actual Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, fundamentadas en la doctrina y en la regulación extranjera así como en los conocimientos adquiridos a lo largo de este proceso de investigación. Pero es necesario advertir que estas modificaciones sugeridas se harán en función específicamente del arbitraje societario.

De acuerdo con la exposición de motivos de la actual Ley de Arbitraje, “el arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada”; por lo que considero que será necesario, antes de realizar modificaciones periódicas de la Ley, que se promulgue una Ley que se adapte a los cambios que se produzcan en el tráfico jurídico y pueda así ir a su ritmo.

En este sentido y de acuerdo con la naturaleza jurídica del arbitraje creo que lo mejor es una Ley de mínimos, es decir, que se regulen los aspectos básicos que tutelen el orden público, pero que el resto se deje a la libre disposición de quienes quieran optar por esta vía alternativa a la jurisdicción a la que se le ha reconocido plena validez y eficacia.

No creo, sin embargo, que haya que hacer una Ley específica que regule el arbitraje societario, sino que lo que considero más eficaz es que se establezca una lista cerrada de las materias que no son arbitrables, dejando la posibilidad de acudir a él al resto. Creo que la normativa arbitral debe ser genérica y no creo que sea necesario ir incorporándola a cada Ley particular, ya que de esta forma se podría crear confusión y diversidad de criterios en lugar de ayudar a fomentar la seguridad jurídica.

Las reformas que podrían hacerse comenzarían en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje. En el inciso primero dice que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho; al cual se le podría agregar que se considerarán materias disponibles conforme a Derecho todas aquellas que no vayan en contra del orden público. De esta forma creo que sin hacer enumeraciones infinitas se está acotando un poco más esta materia, pero a su vez sin tampoco limitarla excesivamente.

En específico para la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje, creo que limitar la materia de libre disposición a aquella que no vaya en contra del orden público circunscribe claramente el arbitraje a los acuerdos nulos y anulables, acuerdos estos que se consideran plenamente disponibles por los socios y por tanto arbitrables.

En el artículo 14 LA, que regula el arbitraje institucional, creo que se podría introducir un tercer inciso, en el que se cree un organismo de control de las instituciones que se dediquen a desempeñar funciones arbitrales. Este organismo podría depender del Ministerio de Justicia, el cual podría tener un sistema de control de los árbitros y de las instituciones arbitrales con el único fin de vigilar el cumplimiento de las garantías básicas del procedimiento arbitral y brindar más seguridad al tráfico, a través de una especie de auditorías de su funcionamiento interno en las que se evalúe el nivel de competencia y capacidad de los árbitros nombrados y de los miembros o integrantes de las cortes o instituciones arbitrales. También se podría encargar este organismo de hacer estudios públicos sobre la efectividad de los laudos por las cortes, así como del nivel de satisfacción de los usuarios.

La propuesta de crear este organismo creo que es de vital importancia tanto para garantizar la seguridad jurídica para los ciudadanos que opten por el arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción, así como para fortalecer el sistema arbitral en sí; porque en la actualidad hay cortes arbitrales que no están desarrollando su labor de una forma fiable y adecuada, mermando y entorpeciendo el acceso a la justicia.

Pero considero que este organismo no podría en ningún momento establecer directivas o líneas de trabajo, ya que las partes son las que deben mantener el control del proceso y, si ellas han depositado esta facultad en una institución, son éstas últimas quienes deben hacerlo, diferenciándose también de esta forma unas de otras y dándole a los solicitantes la oportunidad de escoger aquella que se adecue más a sus necesidades.

En el mismo sentido creo que se debería favorecer, si se llevara a cabo una reforma en este sentido, el arbitraje institucional sobre el arbitraje *ad hoc*, ofreciendo a los ciudadanos un procedimiento alternativo a la jurisdicción de calidad y con garantías.

El artículo 15 LA, tal y como ya lo expuse en su momento¹⁰⁸¹, podría redactarse de otra forma con el fin de evitar equívocos en su interpretación.

El inciso primero de este artículo podría ser redactado así: “para los arbitrajes internos que deban decidirse conforme a Derecho se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo que las partes consideren que otra persona, cualificada en Derecho, es igualmente idónea para resolver el conflicto. Para los arbitrajes que deban decidirse conforme a criterios de equidad no será necesario que se cumpla con esta condición”.

En cuanto al nombramiento de árbitros, es necesario que se regule de otra forma con el fin de garantizar la imparcialidad real y que los árbitros nombrados por las partes no se conviertan en la práctica en sus defensores ante el tribunal.

Creo que debería establecerse una presunción de nombramiento del árbitro único y del tribunal arbitral por un tercero. Solamente creo que se podría establecer la salvedad, con el fin de no atentar contra la libre autodeterminación de las partes que caracteriza este procedimiento, que cuando las partes expresamente decidan que serán ellas quienes, de común acuerdo, nombrarán al árbitro único, ya que al llegar a este consenso se obligan a que realmente sea imparcial para ambas.

En cuanto a la confidencialidad como obligación de los árbitros, de las partes y de las instituciones arbitrales (artículo 24.2 LA), creo que debería dejarse a la libre disposición de los interesados. Es realmente una ventaja frente al procedimiento judicial público, pero por la naturaleza especial del arbitraje, existen situaciones en que la confidencialidad sería una ventaja y en otras no.

Por ejemplo, tal y como se mencionó cuando se estudiaron las sociedades cotizadas¹⁰⁸², la confidencialidad en este tipo de sociedades puede ser vista como un menoscabo de su deber de información y transparencia, aunque la ley permite que, en ciertos casos, no todo pacto parasocial deba ser publicado, al menos por un tiempo, lo que podría aplicarse a través de una interpretación analógica a los procedimientos arbitrales (artículo 112.5 LMV).

¹⁰⁸¹ Ver páginas 85 y siguientes.

¹⁰⁸² Ver páginas 356 y siguientes.

Por otra parte, con el fin de tutelar a los terceros que pudieran verse afectados por un procedimiento arbitral, creo que podría dárseles la oportunidad de participar en el proceso con el fin de que hagan valer sus pretensiones, estableciendo como obligación de las partes del convenio, que tanto en la demanda como en la contestación se establezcan o enumeren quienes podrían ser esos terceros. Una vez presentada la demanda y la contestación, el árbitro deberá convocar a una audiencia a las partes para que si estas están de acuerdo, se convoque a dichos terceros a que participen; aunque los terceros no estarán en modo alguno obligados a participar, será solamente una opción que se les daría en protección y tutela de sus derechos.

CONCLUSIONES

Este estudio ha tenido como objeto de análisis la posibilidad real y con garantías para la sociedad, los socios y los demás interesados de someter la impugnación de los acuerdos de la junta general de una sociedad de capital a un árbitro en lugar de a un juez.

A través del análisis de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, de la jurisprudencia y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se han pronunciado sobre el tema; así como de un estudio pormenorizado de la doctrina y de los principales ordenamientos extranjeros que pueden de una u otra forma influir en el Derecho español, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. El Arbitraje se considera hoy un medio universalmente aceptado para resolver las controversias jurídicas, y específicamente los conflictos intrasocietarios, con fundamento en la libertad de los ciudadanos y en la autonomía de la voluntad que en España reconoce la Constitución.
2. En cuanto al Derecho comparado, en Derecho italiano, siempre y cuando el proceso de impugnación de un acuerdo social tenga su causa en una cláusula arbitral legítimamente aprobada y tenga por objeto un derecho disponible, serán arbitrables tanto los acuerdos nulos como anulables de una junta general. El árbitro tendrá la función de declarar la respectiva nulidad o anulabilidad del acuerdo y los efectos que tendrá; dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe, al igual que ocurriría en cualquier proceso judicial.
3. En Italia, tras la reforma legal del año 2003 y la introducción de la novedosa regulación del arbitraje societario, el artículo 34.1 del *Decreto Legislativo 5/2003* regula únicamente el arbitraje societario que tenga su causa en una cláusula arbitral inserta en el pacto constitutivo o en los estatutos de una sociedad, quedando excluido de esta normativa el arbitraje que tenga su fundamento en un compromiso arbitral. Por tanto, para el resto de situaciones que no tengan su causa en una cláusula arbitral estatutaria, como podrían ser las que se encuentren en pactos parasociales o en un compromiso arbitral *ad hoc*, se

deberá hacer uso del Derecho arbitral general regulado en los artículos 806 y siguientes de su Código Procesal Civil.

4. Como límite peculiar y vanguardista del ordenamiento italiano, está la prohibición expresa de incluir una cláusula arbitral en las sociedades cotizadas en bolsa o difundidas entre el público en una medida relevante, ya que en ellas los socios son vistos como inversores y la doctrina defiende que deben tratarse como consumidores y no como socios, ya que les falta el elemento esencial en una sociedad que es la *affectio societatis*. Es un límite objetivo en cuanto es materia no disponible expresamente establecida por Ley; y es subjetivo en cuanto la sociedad que recurre al mercado de valores es una persona jurídica incapaz de optar por esta opción.
5. Solamente está permitido en Italia el arbitraje de Derecho, por ser el que brinda una mayor certeza a este tipo de procedimientos, que por sus características propias requiere que el árbitro sea un abogado y aplique las mismas normas que debería de aplicar el juez.
6. En Italia, tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en dejar fuera del poder de disposición de las partes los acuerdos que pueden calificarse como inexistentes; es decir, aquellos que no cuentan con un plazo para invocar la nulidad, ya que se trata de materia sobre la que no pueden hacerse recíprocas concesiones y, por tanto, sobre la que no es posible transigir, porque si lo hicieran violarían las normas imperativas y de orden público que rige el Derecho societario.
7. Se puede concluir que en Italia producto de la “jurisdiccionalización” del proceso arbitral, se acepta la resolución de la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje. Para parte de la doctrina es posible el arbitraje en materia societaria, y específicamente en cuanto a la impugnación de los acuerdos sociales, solamente cuando éstos no afecten intereses generales de la sociedad y siempre y cuando éste sea conforme a Derecho. Pero de acuerdo a la jurisprudencia y a la doctrina más favorable al arbitraje después de la reforma del año 2003, hay que analizar caso por caso, sin ser posible su generalización;

pudiendo arbitrarse también los acuerdos nulos o que afecten intereses generales, si se resuelven conforme a Derecho y se aplican las normas imperativas y de orden público.

8. El Derecho francés tiene una postura favorable tanto de la legislación, la jurisprudencia como de la doctrina hacia el arbitraje intrasocietario. Tiene sus causas en motivos históricos y en las propias características del arbitraje que facilitan la resolución de este tipo de conflictos. Pero a su vez, esto ha provocado que no se haya hecho un tratamiento específico (con la excepción de un par de obras monográficas), del arbitraje en el Derecho societario.
9. En Francia, al igual que en Italia, se ha optado por una “jurisdiccionalización” del proceso arbitral, en el que el orden público o las normas imperativas no constituyen ningún impedimento para optar por esta vía alternativa a la justicia estatal. Estas normas son consideradas un marco dentro del cual deben actuar tanto el árbitro como las partes, y que el primero además deberá aplicar, bajo pena de ver anulado total o parcialmente el laudo y/o negada su ejecución. El árbitro es competente para determinar si un acuerdo ha violado el orden público y en tal caso declarar que el acuerdo ha sido nulo o anulable según corresponda.
10. El verdadero límite al arbitraje en Derecho francés se encuentra en las cuestiones de orden público jurisdiccional, es decir, aquellas respecto a las que el Estado considera que él es el único capaz de otorgar la protección necesaria. Este se encuentra taxativamente regulado en el artículo 2060 del Código Civil francés, e incluye el estado civil y la capacidad de las personas así como el poder de comprometer de los entes públicos. Como consecuencia, la doctrina francesa defiende que únicamente se encuentran fuera del arbitraje intrasocietario, los acuerdos absolutamente nulos por ir en contra del orden público y no ser capaces de producir efectos jurídicos.
11. En Derecho francés el árbitro está legitimado para declarar la nulidad de la sociedad de forma que su decisión es oponible incluso a terceros después de su publicación al igual que una sentencia, pero sin efectos retroactivos ni frente a terceros de buena fe. Las causas de nulidad de una sociedad son taxativas, de

forma que pueden ser constatadas por un juez o por un árbitro. De igual modo los árbitros pueden declarar la disolución de la sociedad, por tratarse de materia de libre disposición por los socios.

12. En Francia se puede optar para la resolución de la impugnación de acuerdos sociales a través de un arbitraje de Derecho o a través de un arbitraje de equidad. Prefieren optar por la primera posibilidad las grandes sociedades, abiertas o que cotizan en bolsa; mientras que en la práctica prefieren el arbitraje de equidad las sociedades cerradas. Esto refleja también que no existe ningún tipo de limitación tipológica para recurrir al arbitraje en Francia, como medio alternativo a la jurisdicción.
13. En Derecho francés, el argumento de los efectos del laudo frente a terceros no excluye su arbitrabilidad, porque al igual que una sentencia, la sociedad deberá hacerse cargo de las consecuencias frente a terceros de buena fe, pero sin ser esta una limitación de esta opción procesal.
14. En Derecho alemán no se regula de forma específica el arbitraje societario. Pero esto no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia marquen los límites que rigen esta materia.
15. El límite tipológico en el Derecho alemán es el más duro, en cuanto a la total exclusión de la posibilidad de incluir una cláusula arbitral en los estatutos de una Sociedad Anónima, caracterizada por la rigidez de sus estatutos lo que significa que sus accionistas no pueden desplazar las normas legales para adecuar los estatutos a sus necesidades, sino solamente cuando esté expresamente permitido. Esto elimina totalmente esta vía, aunque hay posiciones doctrinales que defienden que las Sociedades Anónimas “pequeñas” también podrán optar por el arbitraje a través de un compromiso arbitral *ad hoc*.
16. En resumen, en Alemania sólo podrá recurrirse al arbitraje para resolver una impugnación de un acuerdo social en las GmbH, si han incluido una cláusula arbitral en sus estatutos o todos los socios así lo acuerdan a través de un compromiso arbitral *ad hoc*.

17. No se ha encontrado ningún criterio claro en el Derecho anglosajón, y particularmente en el ordenamiento inglés y estadounidense, que nos sea de utilidad para su comparación con la normativa española. El único elemento que puede ser considerado relevante es la prohibición en ciertos casos del Derecho inglés, de arbitrar la disolución de una sociedad por considerar que se verán afectados los acreedores, considerados terceros con respecto al acuerdo arbitral y por tanto materia fuera de su libre disposición. A pesar de esto, en Estados Unidos no se encontró ningún tipo de limitación en cuanto a la materia arbitrable.
18. Como sucede en otros ámbitos, en España la impugnación de acuerdos sociales es un procedimiento frecuente en la vida de una sociedad de capital, la cual tiene repercusiones tanto para la misma sociedad, para los socios (hayan o no participado en dicho proceso) y para los terceros. En este contexto, el arbitraje es un mecanismo alternativo a la jurisdicción que brinda a los socios y a la sociedad las mismas garantías que el proceso judicial, beneficiándose especialmente de la celeridad del procedimiento y de la especialización de los árbitros.
19. Para que el arbitraje sobre la impugnación de acuerdos sociales en una sociedad de capital sea aceptado sin reparos, será necesario que este proceso cuente con una serie de garantías procesales que aseguren que el arbitraje será realmente equivalente a un proceso llevado a cabo por un juez investido por el Estado. Estas garantías quedan aseguradas en mayor medida a través de un arbitraje institucional, es decir, a través de una corte arbitral con sus recursos humanos y de infraestructura que garanticen la correcta práctica del procedimiento arbitral, así como la imparcialidad en el nombramiento de los árbitros y su preparación técnica.
20. Para que el arbitraje sea un mecanismo eficaz para la resolución de la impugnación de acuerdos sociales es importante que se haga una modificación a la actual Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, otorgando mayores garantías para los terceros. Otra opción factible sería introducir una regulación en la normativa societaria en específico o, si en algún momento llegara a ser una

realidad el Código de Sociedades Mercantiles, incluir en él su regulación y no a través de regulaciones fraccionadas e insuficientes en reglamentos o normas orientativas que no tienen ni el mismo rango ni la misma eficacia que podría tener una Ley.

21. Una Ley de Arbitraje deberá en primer lugar brindar seguridad jurídica. Esto se logra asegurando los medios de información y de publicidad de la impugnación de un acuerdo social así como de sus efectos, durante y al finalizar el procedimiento. Las medidas cautelares que ya puede dictar el árbitro son un paso adelante en este sentido. Pero deberá reforzarse la posibilidad, tal y como ocurre en el Derecho italiano, de proteger a todos los socios y a los terceros.
22. En el caso de los socios, habrá que proteger principalmente a aquellos socios que han decidido voluntariamente formar parte de una sociedad en la que la cláusula arbitral no estaba en sus estatutos originarios, cuando ésta se pretende introducir posteriormente. La mayoría de la doctrina sostiene que el acuerdo de modificación estatutaria deberá ser adoptado por la mayoría de los socios, a menos que los estatutos hayan establecido que la modificación deba ser aprobada por un acuerdo unánime. En este sentido creo que sería conveniente que en una futura reforma, siguiendo el modelo italiano, se regulara la adopción de este tipo de acuerdos a través de una mayoría cualificada y debería dársele a los socios disidentes la posibilidad de separarse de la sociedad si no están de acuerdo en someter sus futuras controversias entre sí o con la sociedad a un árbitro en vez de a un juez; ya que aunque este procedimiento, con las garantías específicas, no debería de minar sus derechos, el arbitraje es un medio alternativo y voluntario y no puede bajo ninguna circunstancia ser impuesto a quién no quiere recurrir a él, porque lo desnaturalizaría en su propio ser y ya no sería arbitraje, si no otra cosa diferente.
23. En el caso de la cláusula arbitral en los estatutos originarios, no considero que sea necesaria ninguna modificación a la Ley de Arbitraje actual, ya que los socios fundadores son quienes tienen el poder de decisión y disposición en la gestación de la sociedad; y, si en ese momento consideran que es lo adecuado

para la sociedad que quieren constituir, es una forma válida que el ordenamiento les ofrece.

24. No creo que sea adecuado limitar el arbitraje societario únicamente a cuando éste se ha previsto en una cláusula estatutaria, que aunque ésta sea su sede natural, considero que cada sociedad tiene sus características y circunstancias específicas; y pienso que es también factible y está conforme con su naturaleza jurídica acudir al arbitraje mediante un convenio arbitral *ad hoc*. A pesar de lo anterior, es prácticamente inviable que las partes de un conflicto latente se pongan de acuerdo para acudir a un arbitraje *ad hoc* en lugar de a un procedimiento judicial, por lo que si se quiere que el laudo sea eficaz y tenga la misma eficacia subjetiva que una sentencia de impugnación deberá incluirse la cláusula arbitral en los estatutos sociales.
25. Cuando la cláusula arbitral se incluye en los estatutos sociales se convierte en una norma de autogobierno de la sociedad y sus socios en sus relaciones recíprocas, por lo que vincula a la propia sociedad, a los socios presentes y futuros, así como a los administradores.
26. En la impugnación de acuerdos sociales existe un gran número de posibles terceros afectados, dependiendo obviamente del tamaño y del tipo de sociedad, así como del contenido del acuerdo impugnado que se trate. Pero, para evitar problemas, se podría hacer una previsión legal, siguiendo una vez más el modelo italiano, que permita la intervención de los terceros, con un interés legítimo en el procedimiento arbitral, hasta un determinado momento procesal para así ellos mismos hacer tutelar sus derechos y no quedarse indefensos ante un proceso en el que no están legitimados para actuar. En todo caso, la sociedad deberá hacerse responsable por los posibles efectos del laudo en los terceros, de acuerdo con los principios de la responsabilidad civil extracontractual.
27. En cuanto a la materia arbitrable, ya la Ley actual expresamente determina que se refiere a la materia de libre disposición, pero en una futura regulación sería deseable que en Derecho societario se especificara un poco más qué se entiende por ésta, sin llegar a casos concretos, pero estableciendo normas generales que

permitan al intérprete jurídico saber a qué atenerse y no estar ante un terreno incierto que dependa de criterios subjetivos o de brillantez de argumentaciones.

28. El tipo fáctico y/o normativo de las sociedades no considero que sea un elemento determinante para limitar el arbitraje. Tanto las “pequeñas” Sociedades Anónimas, las Sociedades de Responsabilidad Limitada, las sociedades familiares, así como las grandes sociedades abiertas al público y especialmente las sociedades cotizadas, se rigen por el principio de autonomía de la voluntad. Y si consideran, cualquiera de estas sociedades, que para resolver sus conflictos internos desean acudir a la vía arbitral en lugar de a la vía judicial, ya nuestra jurisprudencia ha confirmado que se tutelan igualmente los derechos y se ofrecen las mismas garantías constitucionales a través de un arbitraje que a través de un proceso judicial.
29. La confidencialidad como ventaja del arbitraje no tiene porqué tampoco ser un requisito *sine qua non* para su desarrollo. De hecho, ya no se considera más en la doctrina como una ventaja real del arbitraje frente al procedimiento judicial, sino que es perfectamente posible un arbitraje público, si las partes así lo desean. No veo porqué debería garantizarse esta confidencialidad, siendo una rémora para determinados tipos de arbitrajes, como por ejemplo en las sociedades cotizadas con las respectivas exigencias de transparencia, las cuales podrían beneficiarse de las otras ventajas reales del proceso arbitral como son la celeridad o la especialización de los árbitros, sin faltar a sus deberes legales.
30. Siguiendo el modelo italiano, creo que en caso de una reforma a la actual Ley de Arbitraje, sería necesario incluir un artículo específico que regule el nombramiento de los árbitros por un tercero, con el fin de garantizar la imparcialidad y la competencia de los árbitros.
31. En cuanto a la acción de anulación, considero que no es una postura correcta la que pretende que tras una reforma a la Ley de Arbitraje se permita revisar el fondo de los laudos, y no como es hasta ahora que sólo se puede revisar la correcta aplicación de las normas de orden público. Una reforma en este sentido mermaría la naturaleza y las ventajas del arbitraje por intentar asemejarlo más al

procedimiento judicial, eliminando su eficacia, convirtiendo al procedimiento arbitral en una primera instancia, siendo un sucedáneo del proceso judicial. Si una parte no confía en el arbitraje y no está dispuesto a intentar solucionar el conflicto en una única instancia (lo que se conoce en el mundo del arbitraje como “*one shot*”), deberá acudir directamente a la vía judicial y no al arbitraje.

32. Considero que el laudo arbitral podrá impugnarse tanto si se ha violado el orden público procesal durante el procedimiento (artículo 41.1.f LA), como si se ha tratado durante el procedimiento sobre materia inarbitrable, constituyendo esto el orden público material (artículo 41.1.e LA), ya que esta sería la forma de garantizar que el arbitraje es realmente un medio alternativo a la jurisdicción con todas las garantías sustantivas y procesales.
33. Pienso que el asesoramiento previo al arbitraje es un elemento fundamental para la correcta aplicación y eficacia del arbitraje en el ámbito societario. Esta labor está encomendada principalmente a los notarios y a los abogados, los cuales deberán estar lo suficientemente informados y formados en esta materia para poder aconsejar si esta es o no la vía que mejor se adecua a las necesidades de la sociedad en formación o con deseos de incorporar una cláusula arbitral en sus estatutos.
34. En una futura modificación de la Ley de Arbitraje debería exigirse que el arbitraje de Derecho sea el único permitido para las impugnaciones de los acuerdos de una junta general de una sociedad de capital. Este procedimiento garantizaría que el resultado obtenido sea equivalente realmente al que se obtendría en un procedimiento judicial.
35. Hay que tener cuidado de no querer “judicializar” excesivamente el arbitraje, ya que es un instituto de Derecho diferente e independiente del proceso judicial, con su propia naturaleza jurídica y características que lo hacen ser otra opción para los ciudadanos. Su excesiva regulación provocaría un desfase con el tráfico jurídico, por lo que es importante dejar el mayor margen posible a la autonomía de la voluntad de las partes del convenio arbitral dentro del marco establecido por el orden público.

BIBLIOGRAFÍA, DOCUMENTACIÓN Y OTRAS FUENTES

I. Libros

AA.VV., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.

— *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje*, dir. J. Garberí Llobregat, Tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004.

— *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, coord. S. Barona Vilar, Thomson, Cívitas, Barcelona, 2004.

— *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa, T. Galletano, Casa Editrice dott. A. Milani, Padova, 1994.

— *Soluciones mundiales a las controversias comerciales*, Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, Paris, 2008.

— *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Editorial Comares, Granada, 2006.

— *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. J.L. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008.

AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, dir. Santiago Álvarez González, De Conflictu Legum, Estudios de Derecho Internacional Privado, nº 3, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001.

ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos del Consejo de Administración de Sociedades Anónimas*, Editorial Cívitas, Madrid, 1998.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1995.

ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Università di Firenze, Dott. A. Giurffrè Editore, Milano, 1992.

ALONSO LEDESMA, C., *La exclusión del derecho de suscripción preferente en Sociedades Anónimas*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995.

ARISTÓTELES, *Retórica*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.

ARNÒ, G., Ianni, G., *La riforma del diritto societario. Commento alla legge delega 3 ottobre 2001, n. 366*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.

ÁVILA NAVARRO, P., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Tomo I, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1996.

— *La Sociedad Anónima*, Tomo II, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1997.

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

BERNINI, G., *L'arbitrato: diritto interno, convenzioni internazionali*, Editrice CLUEB, Bologna, 1993.

BIANCHI, G., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, dir. M. Lo Piano, Diritto della giurisprudenza, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2001.

BOISSESON, M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Éditions, Lille, 1990.

BORIO, G., *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995.

BUONOCORE, V., *La riforma del diritto societario, commento al D.Leg. N. 5-6 del 17 Gennaio 2003*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003.

— *La riforma delle società*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

CALVO CARAVACA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *El arbitraje comercial internacional*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1989.

CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, Emile Bruylant, S.A., Bruxelles, 2002.

CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

CARBONNEAU, T., *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, University of Illinois Press, Chicago, 1989.

CARLEO, R., *Le Vicende soggettive della clausola compromissoria*, G.Giappichelli Editore, Studi di Diritto Privato/Collana diretta da F.D. Busnelli-Spatti-V. Scalisi-P. Zatti, Torino, 1998.

CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, Vol. II, 4ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1991.

CASTAÑER CODINA, J., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, CISS Grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2007.

CATO, M., *Arbitration. Practice and Procedure. Interlocutory and Hearing Problems*, 2ª ed., LLP, London, 1997.

CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHAN, J., *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 2ª ed., Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1991.

— *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., Thomson Cívitas, Navarra, 2006.

CHRISTIANE, B., *La notion d'Ordre Public en matière de nullités*, Imprimerie Centrale du Nord, Lille, 1939.

CIAN, M., *Le deliberazione negativa dell'assemblea nella Società per Azioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003.

COBO PLANA, J., *Las excepciones dilatorias y perentorias en el proceso civil. Jurisdicción, competencia, demanda, procedimiento, legitimación, vía administrativa, arbitraje, arraigo en juicio, cosa juzgada, litispendencia, prescripción y caducidad. Jurisprudencia práctica*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.

COHEN, D., *Arbitrage et société*, Bibliothèque de Droit Privé, dir. J. Ghestin, Tomo 229, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., Paris, 1993.

CORBETTA, G., *Le medie imprese. Alla ricerca della loro identità*, Edizioni Giuridiche Economiche Aziendali dell'Università Bocconi e Giuffrè editori S.p.A., Milano, 2000.

CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1995.

— *Proceso Civil de Declaración*, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1996.

CREMADES, B., *Estudios sobre Arbitraje*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1977.

CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Studia Albornotiana, dir. E. Verdura y Tuells, LXXXVII, Zaragoza, 2004.

DAMIÁN MORENO, J., ARIZA COLMENAREJO, MJ., *Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas (adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, nº 46, Editorial Colex, Madrid, 2000.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Cívitas Ediciones, S.A., Madrid, 2002.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (Art. 67 LSA)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1957.

ESPINA, D., *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1977.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2008.

FERNÁNDEZ GIMENO, J., y otro, *La empresa familiar*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FESTI, F., *La clausola compromissoria*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2001.

FUSI, A., MAZZONE, D., *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata. Inquadramento sistematico e novità statutarie*, IPSOA Editore s.r.l., Milano, 2003.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004.

GARRIDO DE PALMA, V., *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1995.

GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

GHIDINI, M., *L'impresa familiare*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1977.

GIAVARI, S., Tesi di Laurea Specialistica: *Il “nuovo” arbitrato societario e il regime della clausola compromissoria*, dir. S. Azzali, Università Commerciale “Luigi Bocconi”, Facoltà di Economia, Milano, Corso di Laurea in Giurisprudenza 2006/2007.

GIMENO SENDRA, V., *El proceso de impugnación de acuerdos de las Sociedades*

Anónimas y Cooperativas, 1ª ed., Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1981.

GIRÓN TENA, J., *Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951)*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., *El control judicial del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2008.

— *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009.

GONZALO QUIROGA, M., Tesis: *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional Público, Recurso electrónico, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2004.

GRECH, G., *Précis de l'arbitrage commercial. Traité pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1964.

GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956.

GUYON, Y., *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 2ª ed., Traité des Contrats, dir. J. Ghestin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, Paris, 1995.

HABSCHEID, W., *Das Schiedsgutachten. Ein Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1956.

HERNANDO LERA, J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, DYKINSON, Madrid, 1992.

HÖLTERS, W., DEILMAN, B., BUCHTA, J., *Die Kleine Aktiengesellschaft*, Verlag C.H. Beck, München, 2002.

HUYS, M., KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit Belge et international*, Émile Bruylant, Buxelles, 1981.

IANNIELLO, B., *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, IPSOA Editore, Milano, 2003.

JARROSSON, CH., *La notion d'arbitrage*, Bibliothèque de droit privé, dir. J. Ghestin, Tomo CXCVIII, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987.

KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, Tomo I, LGDJ, Paris, 1987.

LA MARCA, E., *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

LANDRAU, M., *L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés*, Université de Paris, Faculté de Droit, Librairie Arthur Rousseau, Toulouse, 1932.

LEVIS, M., *L'impresa familiare*, Il Sole 24 ore, Milano, 1999.

MALTONI, M., *Invalidità e inefficacia delle delibere assembleari. Effetti sull'organizzazione societaria*, dir. G. Laurini, IPSOA Editore s.r.l., Milano, 2001.

MAMMONE, G., *L'arbitrato*, Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 2003.

MARSHALL, E., *Gill: The Law of Arbitration*, 3^a ed., Sweet & Maxwell, London, 1983.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La cláusula de orden público como límite – impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1975.

MERINO MERCHÁN, J., *El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 2002.

MASTROBERARDINO, P., *Significato e ruolo dei clan familiari nel governo dell'impresa*, Vol. 25, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1996.

MERLE, Ph., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 10^a ed., Éditions DALLOZ, Paris, 2005.

MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

MIRABELLI, G.; GIACOBBE, D., *Diritto dell'arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 1994.

MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, 2^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Navarra, 2007.

MOTULSKY, H., *Écrits: Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1974.

MUSIELAK, H., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Verlag Franz Vahlen, München, 2005.

MUSTILL, M., BOYD, S., *Commercial Arbitration*, Butterworth, London, 1984.

NAMMOUR, F., *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 2^a ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, EJA, Paris, Emile Bruylant, SA, Bruxelles, Éditions Delta, Beyrouth, 2005.

NEULING, J., *Deutsche GmbH und englische private company. Monismus oder Dualismus im System des Kapitalgesellschaftsrechts*, Carl Heymanns Verlag KG, München, 1997.

NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006.

OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa. (Una visión histórica desde la nueva ley). Una contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.

PANUCCI, V., *L'impresa familiare*, Segunda Edición, Giuffrè Editore, Milano, 1981.

PASTOR PRIETO, S., *Sistema Jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

POSNER, R., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

RAGUSA MAGGIORE, G., *Trattato delle società*, Tomo II, CEDAM, Padova, 2003.

REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKBY, N., PARTASIDES, C., *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

REGLERO CAMPOS, L., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991.

REIMAN, M., ZEKOLL, J., *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.

ROBERT, J., *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, 2º ed., Librairie

du recueil Sirey, Paris, 1955.

— *Arbitrage civil et commercial: droit interne et droit international privé*, 4^o ed., Librairie Dalloz, Paris, 1967.

— *L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé*, 5^a ed., Dalloz, Paris, 1983.

— *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, 6^o ed., Éditions Dalloz, Paris, 1993.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, Editorial COLEX, Madrid, 2000.

ROVIRA, A., *Pactos de Socios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.

ROWLAND, P., *Arbitration Law and Practice*, The Institute of Chartered Accountants in England and Wales in association with Sweet & Maxwell Ltd., London, 1988.

RUDLER, J., *La clause compromissoire et l'arbitrage civil*, SEDAN, Nancy, 1927.

SÁNCHEZ CALERO, F., *La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.

— *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, 27 ed., Mc Graw Hill, Madrid, 2004.

— *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007.

SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ GARCÍA, E., *Las aportaciones patrimoniales a la Sociedad Anónima*, Editorial CISS, S.A., Valencia, 1999.

SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital (artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)*, Revista de Derecho de Sociedades: Monografía, nº 15, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2000.

SCHIAFFINO, M., *El perito y la prueba*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1988.

SCHMIDT, K., LUTTER, M., *AktG*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2008.

SICARD, J., *Manuel de l'expertise et de l'arbitrage*, Librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, 1970.

SINGLIARDI, G., *Il compromesso in arbitri nelle Società di capitali. Analisi di un'esperienza statutaria*, Casa Editrice Giuffrè, Milano, 1979.

STESURI, A., *Gli arbitrati societari*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

TASCA, G., *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, Edizioni Fag, Milano, 2000.

TATO PLAZA, A., *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables (contribución al estudio del art. 115.3 LSA)*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

TORRES LÓPEZ, J., *Análisis económico del derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

TRÍAS SAGNIER, M., *Los inversores institucionales y el gobierno de las grandes sociedades*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., *A practical approach to Arbitration Law*, Oxford University Press, Great Britain, 1999.

— *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford University Press, Great Britain, 2005.

TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, Editions Librairies Antoine, Beyrouth, Líbano, 1972.

VALPUESTA GASTAMIZA, E., *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Bosch, Barcelona, 2004.

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, Volumen 1º, 3ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1991.

— *Introducción al Derecho Mercantil*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VIERA GONZÁLEZ, AJ., *Las sociedades de capital cerradas (un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL)*, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, nº 18, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002.

VILALTA, E., MÉNDEZ, R., *Impugnación de acuerdos sociales en S.A. y S.L.*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

WALTON, A., VITORIA, M., *Russell on the Law of Arbitration*, 20ª ed., Stevens & Sons, London, 1982.

YANES YANES, P., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

II. Artículos de revistas

AA.VV., “Jurisprudence. Sommaires commentés”, en *Recueil Le Dalloz*, nº 36/1733, Paris, 16 octobre 2003, págs. 2470-2481.

AGUILERA RAMOS, A., “El derecho de separación del socio”, en *Revista Derecho de Sociedades: La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 349-365.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “La empresa familiar: notas introductorias”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 12, 3ª época, Mayo, 1999.

ALCALÁ DÍAZ, M., “El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de

capital”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 9, año V/1997, Editorial Aranzadi, Navarra, 1997, págs. 89-141.

ALONSO UREBA, A., “Consideraciones críticas sobre la reforma en materia de “Sociedad en formación” y “Sociedad irregular”, en *Revista Derecho de Sociedades: La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 109-127.

AMBROSINI, R., “Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari”, en *Le Società*, nº 12, anno XIV, Dicembre 1995, IPSOA Scuola d’impresa, págs. 1609-1611.

AMOROSO, G., “L’impresa familiare”, en *Collana di Diritto di Famiglia*, diretta da Fulvio Uccella, Gli orientamenti dei Tribunali, Itinerari della giurisprudenza, Volumen 4, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1998.

ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12/2005, págs. 60-69.

ARIETA, G., “Arbitrato in materia societaria: procedimento”, en *Bollettino economico. Quaderni di studi economici e giuridici*, nº 2, L’arbitrato nel nuovo diritto societario, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Ancona, Ancona, Luglio 2003, págs. 14-27.

BARONA VILAR, S., “Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, RFA e Italia”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1998, págs. 55-84.

BELLA, E., “A Arbitragem Societária Italiana”, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 14, abr/maio/jun, dir. E. Donato, Comitê Brasileiro de Arbitragem IOB, São Paulo, 2007, págs. 77-99.

BLANDINI, A., “La clausola compromissoria nell’arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obligazioni*, Anno CV, nº 7-8-9, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Bologna, 2007, págs. 585-612.

BOGGIO, L., « Quale disciplina per l’arbitrato irrituale statutario? », en *Rivista di Diritto Societario Interno, Internazionale, Comunitario e Comparato*, nº 4/2007, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, págs. 58-78.

BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Febrero 2006, págs. 113-143.

BOTANA AGRA, M., “Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas”, en *Derecho de los Negocios*, dir. R. Illescas Ortiz, nº 100, año 10, Editorial La Ley-Actualidad, Enero, 1999, págs. 9-20.

BOUCOBZA, X., “Jurisprudence Française”, en *Revue de l’arbitrage*, nº 1, dir. Ch. Jarrosson, Comité Français de l’arbitrage, Éditions Litec, Paris, 2005, págs. 115-133.

BUSTILLO SAIZ, M., “La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, Monografía nº 13, Editorial Aranzadi, Navarra, 1999.

CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 21, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2003, págs. 193-212.

CALICE, E., “La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali”, en *Rivista del Notariato. Rassegna di diritto e pratica notariale*, dir. M. Atlante, Vol. LIX, Nº1, Giuffrè Editore, Roma, Gennaio-Febbraio 2005, págs. 21-54.

CAMPO VILLEGAS, E., “La función notarial en el arbitraje”, en *Butlletí*, nº 7,

Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1995, págs. 33-38.

— “El arbitraje societario en la Nueva Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Butlletí n° 10*, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació Catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1997, págs. 5-31.

— “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 2, ANY XCVII, Ilustre Col·legi d'avocats de Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència de Catalunya, Barcelona, 1998, pág. 313-349.

— “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, 2004, págs. 159-173.

— “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, n° 8/2007, Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona, 2007, págs. 73-77.

— “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, n° 47-48, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, págs. 13-56.

CARBONNEAU, T., « L'arbitrage en droit américain », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1988, págs. 3-50.

CAVALLINI, C., “Profili costituzionali della tutela arbitrale”, en *Rivista di diritto processuale*, Vol. LVIII (II Serie), N° 3, Luglio-Settembre, CEDAM, Padova, 2003, págs. 797-814.

— “La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: “prima lettura” del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179”, en *Rivista delle Società*, n° 52/2007, Fascicolo 6, Milano, 2007, págs. 1445-1456.

CHANTEBOUT, V., « Note. Cour d'appel de Paris, 1^{er} Ch. A., 14 mars 2006, C. et autres c/ S. et autres. Cour d'appel de Paris, 1^{er} Ch. C., 10 mai 2007, Caisse Centrale de Réassurance SA c/ société Arianespace SA et autre. Cour d'appel de Paris, 1^{er} Ch. C., 3 juillet 2007, L. c/B. », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de*

l'arbitrage, nº 4/2007, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, págs. 821-836.

CHAPELLE, A., « Cour d'appel de Pau 26 novembre 1986, Société Sponsor AB c/ Lestrade », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1988, págs. 153-161.

CHECA MARTÍNEZ, M., “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1998, págs. 353-362.

CHIARLONI, S., “Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, dir. F. Carpi, U. Romagnoli, Nº 1, Anno LVIII, Giuffrè Editore, Milano, Marzo 2004, págs. 123-135.

CLAY, T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges: panorama 2005 », en *Recueil Le Dalloz*, nº 44/7229, Paris, 15 décembre 2005, págs. 3050-3063.

— « Détermination de la responsabilité civile contractuelle de l'arbitre », en *La Semaine Juridique. Édition générale*, nº17, dir. J. Béguin, Paris, 26 avril 2006, págs. 852-854.

COHEN, D., “L'engagement des sociétés à l'arbitrage”, en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ch. Jarrosson, Librairies Techniques, Éditions Litec, Paris, 2006, págs. 35-64.

COUTINHO DE ABREU, J., “Interés social y deber de lealtad de los socios”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 19, año 2002-2, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 39-56.

CREMADES, B., “L'Espagne étrenne une nouvelle loi sur l'arbitrage”, en *Revue de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1989, págs. 189-213.

— “El arbitraje societario”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2000-2001, págs. 13-38.

— “El arbitraje societario”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina*,

jurisprudencia y bibliografía, año XXI, nº 5211, 22 de diciembre de 2000, dir. J. Guillo Sánchez-Galiano, págs. 1-7.

— “El convenio arbitral”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2003, págs. 43-70.

CREMADES, J., “Cuatro lustros de la Ley francesa de Arbitraje Comercial Internacional”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 1, dir. LL. Muñoz Sabaté, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 11-41.

D’ALESSANDRO, F., “La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori”, en *I quaderni della Rivista di diritto civile. Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, dir. G. Cian, CEDAM, Padova, 2004, págs. 455-464.

DEGOS, L., “La Cour de cassation consacre l’autonomie de la clause compromissoire en droit français de l’arbitrage interne”, en *Recueil Le Dalloz*, nº 17/7114, Paris, 24 avril 2003, págs. 1117-1123.

DELANOY, L., “Le contrôle de l’ordre public au fond par le juge de l’annulation: trois constats, trois propositions”, en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, nº 2/2007, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, págs. 177-221.

DODGE BYRNES, J., POLLMAN, E., “Arbitration, Consent and Contractual Theory: The implications of EEOC v. Waffle House”, en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 8, Massachusetts, 2003, págs. 289-313.

DUBARRY, J., LOQUIN, E., “Tribunaux de commerce et arbitrage: Com. 9 avr. 2002, Toulousy c/SNC Philam, inédit”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, dir. B. Berlioz-Houin, nº1, Janvier/Mars, Paris, 2003, págs. 62-63.

— “Tribunaux de commerce et arbitrage: Paris, 1^{er} ch. c., 28 mars 2002, Sté SPEDIDAM c/ Sté civile pour l’administration des droits des artistes et musiciens

interprètes, inédit”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, dir. B. Berlioz-Houin, n°1, Janvier/Mars, Paris, 2003, págs. 60-62.

— “Tribunaux de commerce et arbitrage: CA Paris, 25^e ch., 17 sept. 2004, JCP 2005 éd. E., n° 134, note Bonneau ; Bull. Joly 2005.63, note Ronchevsky, SAS Pancrazi c/Consorts S. et autres”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, dir. B. Berlioz-Houin, n°2, Avril/Juin, Paris, 2005, págs. 260-263.

— “Tribunaux de commerce et arbitrage: Ord. du président du tribunal de grand instance de Paris, 4 avr. 2003, Rev.arb. 2005.162, note L. Jaeger, SA Loris c/ Sté Clarins”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, dir. B. Berlioz-Houin, n°3, Juillet/Septembre, Paris, 2005, págs. 482-485.

— “Tribunaux de commerce et arbitrage: Com. 18 mai 2005, inédit, Sté Études et Réalisation Générales du Bâtiment c/ Sté Cloisol Centre”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, dir. B. Berlioz-Houin, n°3, Juillet/Septembre, Paris, 2005, págs. 485-486.

ERASMO BONAVERA, E., “Incompatibilità tra la funzione di sindaco e quella di arbitro”, en *Le Società*, n° 3/2008, IPSOA, Grupo Wolters Kluwer, Milano, 2008, págs. 312-315.

ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “Modificación de Estatutos”, en *Revista Derecho de Sociedades: La reforma de Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 465-481.

ESTEBAN VELASCO, G., “Estructura orgánica de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Revista Derecho de Sociedades: La reforma de Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 385-405.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima – Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Revista Derecho de Sociedades: “La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada”*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 35-49.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, en *Butlletí*, nº 4, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1992, págs. 25-47.

— “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, en *Revista General de Derecho*, Año LI, Nº 609, Valencia, Junio 1995, págs. 6913-6957.

— “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 2/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 125-149.

— “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 24, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 239-255.

— “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 26, 2006-1, págs. 269-309.

— “El “enforcement” societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 29, 2007-2, págs. 139-183.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Esquema para la redacción de un protocolo familiar”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 19, año 2002-2, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 161-167.

FERRARI, M., “Invalidità delle delibere assembleari: difetto di convocazione e abuso di potere”, en *Le Società*, nº 3/2008, IPSOA, Grupo Wolters Kluwer, Milano, págs. 306-311.

FINARDI, D., “Le società-giurisprudenza”, en *Le Società: Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, coord. V. Salafia, Nº 8, Anno XXIV, Milano, (Agosto 2005), págs. 1033-1039.

FOUCHARD, PH., « Henry Motulsky et l'arbitrage », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, Librairies Techniques, Paris, 1992, págs. 523-536.

— « La compatibilité des fonctions de magistrat et d'un arbitre, ou le fin d'une mauvaise querelle », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1994, págs. 653-664.

— « La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 2001, págs. 397-421.

FRANCO ARIAS, J., “Artículo 44 y 45. La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 175-199.

GALGANO, F., “Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie”, en *Bollettino economico. Quaderni di studi economici e giuridici*, nº 2, L'arbitrato nel nuovo diritto societario, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Ancona, Ancona, Luglio 2003, págs. 6-13.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 32, Thomson Reuters, 2009, págs. 43-77.

GENTON, M., VERMEILLE, F., « Soft and Hard Dispute Resolution. Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 2, dir. H. Lesguillons, Forum Européen de la Communication, Paris, 1998, págs. 131-171.

GIMÉNEZ DUART, T., “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”, en *Butlletí*, nº 4, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1992, págs. 17-22.

GIRARDI, C., MENGOZZI, A., “I limiti dell'arbitrato nelle controversie societarie”, en *Le Società*, nº 2/2008, IPSOA, Gruppo Wolters Kluwer, Milano, págs. 235-239.

GOFFAUX-CALLEBAUT, G., « La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, dir. B. Berlioz-Houin, n°1, Janvier/Mars, Paris, 2004, págs. 35-45.

GOLDMAN, L., "Contractually Expanded Review of Arbitration Awards", en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 8, Massachusetts, 2003, págs. 171-288.

GÓMEZ JENE, M., "La nueva regulación del arbitraje en Alemania", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1998, págs. 363-373.

— "Crónica de Jurisprudencia", en *Spain Arbitration Review*, Revista del Club español del Arbitraje, n° 1/2008, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 173-178.

GONDRA ROMERO, J., "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la "eficiencia económica")", en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 226, dir. R. Uría, Madrid, 1997, págs. 1545-1672.

GÓNGORA OLIVER, A., "The role and use of experts in international commercial arbitration. A comparative analysis in the light of common law and civil law traditions", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, dir. A. Lorca Navarrete, Tomo XVI, Universidad del País Vasco, 2004, págs. 779-786.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M., BENAVIDES VELASCO, P., "La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico", en *Revista Derecho de Sociedades*, n° 27, 2006-2, págs. 273-297.

GOUTAL, J., « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats. Rapport général », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1988, págs. 439-455.

HAAS, U., „Zur Einführung von Schiedsklauseln durch Satzungsänderungen in

Vereinen. Besprechung des Urteils BGH WM 2000, 957“, en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, nº 2, 2001, págs. 325-349.

HENZE, H., „Zur Schiedsfähigkeit von Gesellschafterbeschlüssen im GmbH-Recht“, en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, nº 4, 1988, págs. 542-557.

HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 5, dir. H. Lesguillons, Forum Européen de la Communication, Paris, 2001, págs. 555-570.

ILLESCAS, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, en *Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, dir. E. Verdura y Tuells y otros, I/2008, IPROLEX, Madrid, págs. 33-42.

IMBRENDA, M., “L’abuso di potere da parte della maggioranza vizia la delibera”, en *Le Società*, nº 12, anno XIV, (Dicembre 1995), IPSOA scuola d’impresa, págs. 1548-1551.

JARROSSON, CH., « La clause compromissoire (art. 2061 C.civ.) », en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage. Perspectives d’évolution du droit français de l’arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1992, págs. 259-277.

— “Les frontières de l’arbitrage”, en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 2001, págs. 5-41.

JUSTE MENCÍA, J., “Tutela de la minoría”, en *Revista Derecho de Sociedades: La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 271-288.

KOCHAN, TH., Lautsch, B., Bendersky, C., « An Evaluation of the Massachusetts Commission against Discrimination Alternative Dispute Resolution Program », en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5, Massachusetts, 2000, págs. 233-278.

KREINDLER, R., « Arbitrage et recours juridictionnels : l'attitude des parties étrangères ayant à opter entre un arbitrage et un procès aux Etats-Unis », en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, n° 2, dir. H. Lesguillons, Forum Européen de la Communication, Paris, 1998, págs. 173-205.

KUPFER SCHNEIDER, A., « Building a Pedagogy of Problem-Solving: Learning to Choose among ADR Processes », en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 5, Massachusetts, 2000, págs. 113-135.

LAGARDE, X., « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », en *Revue de l'arbitrage*, n° 3, dir. Ch. Jarrosson, Comité Français de l'arbitrage, Éditions Litec, Paris, 2001, págs. 423-449.

LAPIEDRA ALCAMI, R., « Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998 », en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, n° 2/1998, Madrid, págs. 312-317.

LEVEL, P., « L'arbitrabilité », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage. Perspectives d'évolution du droit français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1992, págs. 213-240.

LINDER, A., “El coste real del arbitraje”, en *Expansión Jurídico*, Martes 6 de marzo de 2007.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M., “Reducción del capital social”, en *Revista Derecho de Sociedades: La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 501-515.

LOQUIN, E., “Tribunal de commerce et arbitrage : Cass. 1^{er} civ., 6 déc. 2005, Sté Schwind et Mme Marquet c/ Sté León Grosse, pourvoi n° 03-16.572”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, dir. B. Berlioz-Houin, n°2, Avril/Juin, Paris, 2006, págs. 297-299.

— “Tribunal de commerce et arbitrage : Cass. 1er civ., 22 nov. 2005, SCP Ménard-Quimbert c/ Beauchard, pourvoi n° 04-12.655, D. 2006, Jur.p. 277, note T. Le Bars et P. Callé ; Rev.arb. 2005, p. 1012, note D. Bureau”, en *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, dir. B. Berlioz-Houin, n°2, Avril/Juin, Paris, 2006, págs. 302-305.

LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2004.

— “¿Puede el órgano jurisdiccional frente al que se insta la ejecución forzosa del laudo arbitral examinar su contenido?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 671, Año XV, Navarra (2 de Junio 2005), págs. 1-7.

LÜKE, W., BLENSKE, H., „Die Schiedsfähigkeit von Beschlußmängelstreitigkeiten – Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung–“, en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, n° 2, 1998, págs. 253-304.

MAISONNEUVE, M., « Le droit américain de l’arbitrage et la théorie de l’unconscionability », en *Revue de l’arbitrage*, n° 1, dir. Ch. Jarrosson, Comité Français de l’arbitrage, Éditions Litec, Paris, 2005, págs. 101-113.

MANCINELLI, F., “Arbitrato economico: Paralisi gestionale e sua soluzione”, en *Le Società: Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, coord. V. Salafia, N° 8, Anno XXIV, Milano, Agosto 2005, págs. 1047-1050.

MARTÍN BRAÑAS, C., “La anulación del laudo arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 143-175.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, en *Revista de Sociedades*, n° 11, 1999, p. 335-362.

— “Derecho de información del accionista e instrumentos y obligaciones de información de la sociedad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 24/2005, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 19-46.

— “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 30/2008, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 437-466.

MAYER, P., « Note. Cour de Cassation (Ch. com.) 23 janvier 2007, Prodim et autre c/ société Distribution Casino France », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, nº 4/2007, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, págs. 769-774.

MEYER, P., « La sentence contraire à l'ordre public au fond », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1994, págs. 615-652.

MONTALENTI, P., “La riforma del diritto societario: appunti”, en *Le Società*, nº12, Anno XXI, coord. V. Salafia, Milano, (Dicembre 2002), págs. 1449-1455.

MOREAU, B., SIHVOLA, S., « L'application dans le temps de la loi NRE en matière d'arbitrage », en *Recueil Le Dalloz*, nº 29/7126, Paris, 28 août 2003, págs. 1928-1931.

MORELLINI, L., “Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario: spunti di riflessione”, en *Le Società*, 1/2005, Anno XXIV, coord. V. Saletta, Milano, (Gennaio 2005), págs. 79-84.

MORRAL SOLDEVILLA, R., “La revocación del auditor de cuentas por justa causa: el supuesto de prestación simultánea de servicios de auditoría de cuentas y de asesoría jurídica. (A propósito del laudo arbitral de equidad de 30 de abril de 1998)”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 2/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 193-206.

MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los

Estados Unidos de Norteamérica”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, 2002, págs. 45-73.

— “Ventajas e inconvenientes del arbitraje institucional”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, 2006, págs. 233-239.

MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación *inter vivos* en el convenio arbitral”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, 2003, págs. 211-213.

— “Artículo 27. Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, 2004, págs. 107-125.

MUÑOZ SABATÉ, L., “Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 2/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 11-29.

NAVARRO MATAMOROS, L., “El juego de la autonomía de la voluntad en la determinación de las cláusulas estatutarias de una sociedad de responsabilidad limitada de ámbito familiar”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 264-265/2007, Madrid, págs. 599-618.

NIEVA FENOLL, J., “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 11-44.

NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, en *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, nº 6, dir. H. Lesguillons, Paris, 1998, págs. 637-671.

— “Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne”, en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, nº1, dir. Ch. Jarrosson, Librairies Techniques, Éditions Litec, Janvier-Mars, Paris, 2006, págs. 225-257.

NOBLOT, C., « Un clause d'arbitrage en contradiction avec une clause attributive de juridiction ne prive pas l'arbitre de sa compétence », en *La Semaine Juridique. Édition générale*, n°20, Paris, 12 mai 2004, págs. 902-904.

NOVIELLO, D., “I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari”, en *Rivista dell'arbitrato*, I/2005, págs. 45-69.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, n° 47-48, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, págs. 57-68.

OFFENKRANTZ, R., “Negotiation and Drafting the Agreement to Arbitrate in 2003: Insuring against a Failure of Professional Responsibility”, en *Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, Vol. 8, Massachusetts, 2003, págs. 271-288.

OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 7/ 2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006, págs. 9-65.

OPPETIT, B., « Présentation générale », en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1988, págs. 433-437.

— “La clause arbitrale par référence”, en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1990, págs. 551-569.

PALÁ LAGUNA, E., PALÁ LAGUNA, R., “Impugnabilidad del acuerdo del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima, de formulación de las cuentas anuales”, en *Revista Derecho de Sociedades*, n° 9, año V/1997, Editorial Aranzadi, Navarra, 1997, págs. 297-311.

PALAU LOVERDOS, J., “Alternativas a la resolución judicial de los conflictos existentes en el ámbito de las organizaciones”, en *Anuario de Justicia Alternativa*.

Derecho Arbitral, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 253-265.

PASTOR SEMPERE, C., “Modelos de estatutos de sociedad cooperativa en general y sociedad cooperativa de trabajo asociado”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 9, año V/ 1997, Editorial Aranzadi, Navarra, 1997, págs. 249-284.

PAZ-ARES, C., “Renovación y retroacción. Reflexiones sobre la regularización de acuerdos impugnables”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 29, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007-2, págs. 287-293.

PIAZZA, G., “Il regime delle “invalidità” delle delibere assembleari (prime riflessioni di un civilista)”, en *I quaderni della Rivista di diritto civile. Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, dir. G. Cian, CEDAM, Padova, 2004, págs. 283-294.

POLO, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la Cláusula Compromisoria en las Sociedades Mercantiles”, en *Butlletí*, nº 4, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1992, págs. 67-100.

PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2003, págs. 71-117.

RAMOS MÉNDEZ, F., “Eficacia de un convenio arbitral en el caso de acumulación de acciones (Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers de 26 de febrero 2001)”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 121-128.

RAU, A., PEDAMON, C., « La contractualisation de l'arbitrage: le modèle américain », en *Revue de l'arbitrage*, nº 3, dir. Ch. Jarrosson, Comité Français de l'arbitrage, Éditions Litec, Paris, 2001, págs. 451-483.

REIFEGERSTE, S., “Arbitrage. Application au président du conseil d’administration d’une société membre d’un groupement coopératif de la clause compromissoire stipulée dans le règlement intérieur du groupement », en *La Semaine Juridique. Entreprise et affaires*, dir. J. Béguin, Hebdomadaire, n°9, 1° Marz, Paris, 2007, págs. 18-20.

REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, en *Spain Arbitration Review*, Revista del Club español del Arbitraje, n° 1/2008, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 115-132.

RIVOLTA, G., “Introduzione a un dibattito sulla nuova società a responsabilità limitata”, en *I quaderni della Rivista di diritto civile. Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, dir. G. Cian, CEDAM, Padova, 2004, págs. 297-321.

RODRÍGUEZ, J., “El derecho de información del accionista. (A propósito del laudo del TAB de 12 de marzo de 2002)”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 199-205.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La Junta General de socios”, en *Revista Derecho de Sociedades: La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 431-461.

— “Sociedad de Responsabilidad Limitada y Empresa Familiar (notas sobre una reforma de la LSRL)”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 21, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 15-38.

RONTCHEVSKY, N., « L’obligation pour l’arbitre amiable compositeur de statuer en équité », en *Recueil Le Dalloz*, n° 34/7043, 4 octobre 2001, págs. 2780-2782.

RUFFINI, G., “Arbitrato e disponibilità dei diritti nella Legge Delega per la riforma del Diritto Societario”, en *Rivista di Diritto Processuale*, I/2002, págs. 133-150.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ

2007, 3608)”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 30/2008, Editorial Aranzadi, Navarra, págs. 513-559.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A., “La organización del grupo familiar de empresas”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.*, nº 12, 3ª época, Mayo, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Conflicto de intereses en la Sociedad de Responsabilidad Limitada y derecho de voto del socio”, en *Revista Derecho de Sociedades: La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 289-307.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “El origen del arbitraje: una hipótesis”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 73, curso 1987-1988, dir. E. Verdera Y Tuells, Madrid, 1988, págs. 353-375.

SANGIOVANNI, V., “La forma della convenzione arbitrale nel diritto tedesco”, en *Rivista dell'arbitrato*, nº3/2002, Anno XII, Giuffrè Editore, Milano, 2002, págs. 589-603.

— “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, en *Foro Padano*, II, Milano, 2005, págs. 2-28.

— “L’arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano”, en *Le Società. Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, nº6, Anno XXV, coord. V. Salafia, IPSOA Scuola d’impresa, Milano, 2006, págs. 771-783.

SCHLOSSER, P., “Chronique de jurisprudence allemande”, en *Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage*, dir. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, 1995, págs. 663-669.

SCHMIDT, K., „Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen.-Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften-“, en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, nº 4, 1988, págs. 523-541.

SERAGLINI, CH., « Droit de l'arbitrage », en *La Semaine Juridique. Édition générale*, nº17, dir. J. Béguin, Paris, 27 avril 2005, págs. 778-784.

SOTTORIVA, C., “Chiarezza e precisione del bilancio ed effetti della declaratoria di nullità di delibera assembleare di approvazione”, en *Le Società*, nº 2/2008, IPSOA, Grupo Wolters Kluwer, Febbraio, Milano, 2008, págs. 143-161.

SPAGNOLO, N., “Diritto all'impugnativa di delibere assembleari”, en *Le Società*, nº7/2008, IPSOA, Milano, págs. 869-874.

TARZIA, G., “L'intervento di terzi nell'arbitrato societario”, en *Rivista di Diritto Processuale*, I/2004, Milano, págs. 349-364.

TORRES ESCÁMEZ, S., “Un año de la nueva Ley de Arbitraje: reflexiones tras un coloquio”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 243-249.

TRITTMANN, R., “Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens- Neuregelungs- gesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten”, en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, nº 3, 1999, págs. 340-364.

VALBUENA GONZÁLEZ, F., “La intervención de los juzgados de lo mercantil en materia de arbitraje”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, nº 618, 1 abril 2004, dir. F. Birrun Abad, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2004, págs. 1-7.

VEEDER, V., MOOLLAN, S., “Jurisprudence étrangère : Royaume-Uni. Chambre des Lords », en *Revue de l'arbitrage*, nº 4, dir. Ch. Jarroson, Comité Français de l'arbitrage, Éditions Litec, Paris, 2006, págs. 1011-1037.

VELASCO SAN PEDRO, L., “Concepto y caracteres de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. El problema de las fuentes”, en *Revista Derecho de Sociedades: La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1993, págs. 51-68.

VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la Sociedad Familiar”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 5, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 21-48.

— “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 1, Tribunal Arbitral de Barcelona, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 89-120.

VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 117-139.

XIOL RÍOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 47-48, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, págs. 71-83.

III. Colaboraciones en obras colectivas

AFFERNI, V., “Invalidità degli atti societari. Rimedi reali e risarcitori”, en *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, dir. V. Afferni, G. Visintini, Giuffrè Editore, Milano, 2005, págs. 131-151.

ALCALÁ DÍAZ, M., “Revisión del derecho del socio a la impugnación de acuerdos de la Junta general y tutela de la minoría en la Sociedad cotizada”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 617-682.

ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, en *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, coord. L. Ponti, R. Torino, Vol. XXII, Società, T. I, UTET, Torino, 2005, págs. 379-412.

ALONSO ESPINOSA, F., “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (aspectos generales)”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades Mercantiles, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 1443-1462.

ALONSO LEDESMA, C., “Las asociaciones de accionistas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 503-539.

— “Modificación estructural”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 780-783.

— “Pactos Parasociales”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 853-863.

— “Sociedad Cotizada”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1119-1125.

ALONSO PUIG, J., “El arbitraje institucional (Art. 14)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 679-729.

ALPA, G., “L’arbitrato e la risoluzione stragiudiziale delle controversie”, en *L’arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, Tomo I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, págs. 85-101.

ÁLVAREZ-SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., “Procedimiento arbitral en la Ley de Arbitraje 60/2003 y supletoriedad en el arbitraje de consumo”, en AA.VV., *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, dir. MJ. Ariza Colmenarejo, C. Galán González, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, págs. 167-219.

AMESTI MENDIZÁBAL, C., “Auditor externo”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 244-250.

ANDRINI, M., “L’impresa familiare”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia. Diretto da Francesco Galgano*, Volumen 11, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1989.

ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M., “La controvertida firmeza del laudo”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs. 191-222.

BALESTRA, L., “L’impresa familiare”, en *Il Diritto privato oggi*, serie a cura di Paolo Cendon, Giufrè Editore, Milano, 1996.

BARBA DE VEGA, J., “La Junta General”, Capítulo VIII, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 211-253.

BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, págs. 25-58.

BENATTI, F., y otros, “L’arbitrato rituale e l’arbitrato irrituale”, en *L’arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, T. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, págs. 233-307.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo I, Departamento de Derecho Mercantil (Universitat de Valencia) Fundación Profesor Manuel Broseta, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995, págs. 373-396.

— “Noción y características de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, Capítulo III, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 73-101.

— “Impugnación de acuerdos sociales (Acuerdos impugnables)”, Capítulo X, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 281-310.

— “Impugnación de acuerdos sociales (legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, Capítulo XI, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 311-352.

— “Modificación de los estatutos sociales”, Capítulo XIII, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 407-437.

BROGGINI, G., “Arbitrato di equità”, en *L’arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa,

T. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, págs. 309-415.

BUSTILLO SAIZ, M., “Acuerdo Social”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 126-129.

— “Acuerdo Social (Subsanación)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 129-135.

CABALLO I ANGELATS, L., “Impugnación de acuerdos sociales. Artículo 115: Acuerdos impugnables”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, sección 20, Vol. II, coord. I. Arroyo y J. Embid, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1105-1128.

— “Caducidad de la Acción”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1128-1134.

CADARSO PALAU, J., “Artículo 22: Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 255-267.

— “Artículo 41. Motivos”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Cámara de Madrid, Corte de Arbitraje de Madrid, Thomson Aranzadi S.A., Navarra, 2004, págs. 432-441.

CALAZA LÓPEZ, S., “La impugnación de los acuerdos sociales de las Sociedades Anónimas en el Derecho comparado”, en *Libro Homenaje a Idelfonso Sánchez Mera*, Vol. II, Colegio Notarial de la Coruña, Colegios Notariales de España, Madrid, 2002, págs. 1421-1463.

CARPI, F.; ZUCCONI, E., “Del compromesso e della clausola compromissoria”, en *Arbitrato: Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di Procedura Civile artt. 806-840*, dir. F. Carpi, Zanichelli Editore, Bologna, 2005, págs. 1-89.

CASSANO, G., “Altre forme di Alternative Dispute Resolution: ADR”, en *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, dir. G. Iudica, IPSOA Editore S.R.L., Milano, 2003, págs. 225-269.

CASTANEDO ABEY, A., “Mediación y conflicto comercial. El ABC para el abogado y el empresario de hoy”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinar*, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 85-112.

CERDÁ ALBERO, F., “La empresa familiar: una noción relativa”, en *El buen gobierno de las empresas familiares*, Cuatrecasas, Editorial Thomson-Aranzadi S.A., Navarra, 2004.

CERDÁ RICHARD, B., “Las sociedades cooperativas en particular (organización y funcionamiento de las diferentes clases de cooperativas)”, en *El Régimen Cooperativo*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1959.

CERRATO, S., “Tre problema in materia di arbitrato endosocietario”, en *Giurisprudenza commerciale*, n° 33.6, Giuffrè Editore, Novembre-Dicembre, Milano, 2006, págs. 1131-1143.

CHILLÓN MEDINA, J., “Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 247-264.

CHIOMENTI, F., “La revoca delle deliberazioni assembleari”, en *Saggi di diritto commerciale*, dir. G. Ferri, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969.

COLUSSI, V., “Impresa e Famiglia”, en *I quaderni dell'istituto giuridico italiano*, Vol. 2, Casa Editrice Dott. Antonio Milano, Padova, 1985.

CORDÓN MORENO, F., “Del convenio arbitral y sus efectos”, en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, dir. J. Montero Aroca, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990, págs. 46-73.

CORSINI, F., “La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitrato societario”, en *Giurisprudenza Commerciale*, 32.6, (Novembre-

Dicembre 2005), Giufre Editore, págs. 809/I-829/I.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Título V. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales (Arts. 24-33)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 421-446.

CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 273-323.

DE CASTRO MARTÍN, J., “La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del art. 115.3 LSA)”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades Mercantiles, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 1587-1627.

DE LA CÁMARA, M., “La competencia de la Junta General de accionistas”, en *Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995, págs. 147-187.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 385-419.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Artículo 9: Forma y contenido del convenio arbitral”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 99-108.

DIFUNDO, A., “L’arbitraggio. La perizia contrattuale”, en *L’arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, T. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, págs. 143-216.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos”, en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad*

Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995, coord. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 145-190.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de Sociedades Anónimas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo I: La Fundación, Coord. A. Alonso Ureba y otros, Editorial Cívitas, S.A., Facultad de Derecho de Albacete, Madrid, 1991, págs. 15-109.

— “Del Texto Refundido de la LSA de 1989 a la Ley de Transparencia de 2003: Hitos y situación actual del ordenamiento español en materia de Gobierno Corporativo”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 251-286.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J., “Prenda de acciones”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 906-910.

— “Usufructo de Acciones”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1295-1301.

EMBED IRUJO, J., “Cuestiones tipológicas en la sociedad de responsabilidad limitada”, en *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, dir. R. Bonardell, J. Mejías, U. Nieto, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 1994, págs. 109-130.

— “Impugnación de acuerdos”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1525-1535.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 409-451.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Fundador (Responsabilidad)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 633-639.

ESPLUGUES MOTA, C., “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial

internacional en Europa”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Aranzadi, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, págs. 177-210.

ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley”, en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, coord. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 549-585.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., “Artículo 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 115-133.

— “Artículo 23: Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 269-279.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Tradición y reforma en el nuevo Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada?*, dir. A. Menéndez Menéndez y otros, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992, págs. 181-212.

— “La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sistema español de sociedades de capital”, en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, coord. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 3-37.

— “La posición jurídica de socio en las sociedades de capital: un análisis tópico de los derechos políticos del accionista”, en *Estudio de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 531-562.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “Transmisión de Acciones”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1282-1286.

FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la

Ley 60/2003, de Arbitraje”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “La muerte del socio en la sociedad familiar de responsabilidad limitada”, en *Estudios sobre la Sociedad Anónima II*, dir. V. Garrido de Palma, Vol. II, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

FUENTES NAHARRO, M., “Administrador de hecho”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 135-141.

— “Grupos de Sociedades”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 674-686.

GALÁN LÓPEZ, C., “Acciones (restricciones a la libre transmisibilidad)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 77-84.

— “Estatutos sociales”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 587-594.

GALLEGRO SÁNCHEZ, E., “Participaciones SRL (Transmisión voluntaria inter vivos)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 896-903.

— “Transmisión mortis causa de participaciones de Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1288-1292.

GALLETO, T., “Il biancosegno”, en *L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, T. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, págs. 217-232.

GALLO, MA., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, en *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, dir. VM. Garrido de Palma, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, 1995.

GARRIDO DE PALMA, V., “Las pérdidas del patrimonio de la Sociedad Anónima. La

reducción y el aumento del capital simultáneos (operación acordeón)”, en *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Tomo II, dir. V. Garrido de Palma, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1993, págs. 407-417.

— “Autonomía de la Voluntad y sus principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades Mercantiles, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 1869-1881.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J., CORRAL GARCÍA, E., “El arbitraje testamentario”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 1017-1076.

GIMENO SENDRA, V., “Parte Sexta”, en *Procesos Civiles Especiales*, dir. V. Cortés Domínguez y otros, Editorial Colex, Madrid, 1996, págs. 453-470.

GISBERT POMATA, M., “Título III. De los árbitros”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coord. R. Hinojosa Segovia, Grupo Difusión, Barcelona, 2004, págs. 79-119.

GÓMEZ MENDOZA, M., “Fundador (Concepto y ventajas particulares)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 629-633.

— “Juntas especiales”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 742-745.

GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, Capítulo 62, en *Derecho de Sociedades – Libro en Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, págs. 1925-1975.

GÓMEZ YUBERO, MJ., “La educación financiera y su contribución al reequilibrio entre inversores e instituciones financieras”, en AA.VV., *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, dir. MJ. Ariza Colmenarejo, C. Galán González, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, págs. 39-63.

GONDRA ROMERO, J., “La posición de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en el marco de la reforma del Derecho de Sociedades”, en *¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada?*, dir. A. Menéndez Menéndez y otros, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992, págs. 43-74.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs. 223-282.

GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: Diagnóstico de la situación general”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinar*, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 25-31.

— “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 207-234.

GOUIFFRES, L., « L’arbitrage international propose-t-il un modèle original de Justice ? », en *Recherche sur l’arbitrage en droit international et comparé : mémoires pour le diplôme d’études approfondies de droit international privé et du commerce international, présentés et soutenus publiquement*, dir. B. Oppetit y otros, LGDJ, Paris, 1997, págs. 5-62.

GUTIÉRREZ GILSANZ, J., “Escritura de constitución”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 576-581.

HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 17-272.

HINOJOSA MARTÍNEZ, E., “Extensión y límites de la cosa juzgada en el contencioso-administrativo”, en *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, dir. F. Sospedra

Navas, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIII/2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 363-427.

HINOJOSA SEGOVIA, R., “Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 507-571.

— “La nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 297-364.

HÖMBERG, R., “El arbitraje institucional y sus retos en el inicio del siglo XXI. El ejemplo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Aranzadi, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, págs. 59-81.

IRRERA, M., “Articolo 2388. Validità delle deliberazioni del consiglio”, en *La riforma del diritto italiano. Il nuovo diritto societario. D. Legs. 17 gennaio 2003, n.6; D. Legs. 17 gennaio 2003, n.5; D.Legs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, págs. 724-735.

JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima”, en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995, págs. 319-355.

JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 141-144.

— “Derechos de minoría”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 518-521.

LEIBLE, S., LEHMANN, M., “El arbitraje en Alemania”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, págs. 149-176.

LEÓN SANZ, F., “La publicación de los pactos parasociales por las sociedades

cotizadas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, tomo II, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 1167-1192.

MAMBRILLA RIVERA, V., “Conflicto de intereses (administradores)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 348-353.

— “Deber de fidelidad (y de lealtad)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 425-432.

MARENGO, R., “Art. 806 c.p.c. (Compromesso)” en *La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario*, dir. A. Briguglio y otros, Giuffrè Editore, Milano, 1994, págs. 1-13.

— “Art. 807 c.p.c. (Forma del compromesso)”, en *La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario*, dir. A. Briguglio y otros, Giuffrè Editore, Milano, 1994, págs. 14-21.

— “Art. 833 c.p.c. (Forma della clausola compromissoria)”, en *La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario*, dir. A. Briguglio y otros, Giuffrè Editore, Milano, 1994, págs. 239-241.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Administradores (Administradores suplentes)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 144-145.

— “Administradores (Estructura del órgano y competencia)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 145-150.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., “Nulidad de Sociedades”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 799-802.

— “Nulidad de Sociedades de capital”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 803-809.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “La Junta General y la Impugnación de sus acuerdos en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades

Mercantiles, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 2095-2124.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Derecho de información del accionista e instrumentos y obligaciones de información de la sociedad”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 329-374.

— “Derecho de información del accionista”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 477-483.

— “Registro Mercantil”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 970-977.

— “El reglamento de la junta general y la información de los accionistas en las sociedades cotizadas: la insuficiencia del enfoque autorregulador (una reflexión a la vista de la reforma alemana)”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*, Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 917-953.

MARTÍNEZ ROSADO, J., “Sociedades de capital”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1208-1211.

MARTÍNEZ SEGOVIA, F., “Sociedad Cooperativa”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1103-1111.

MECARELLI, G., « La spécificité de la réforme italienne de l’arbitrage international », en *Recherche sur l’arbitrage en droit international et comparé : mémoires pour le diplôme d’études approfondies de droit international privé et du commerce international, présentés et soutenus publiquement*, dir. Ph. Fouchard y otros, LGDJ, Paris, 1997, págs. 203-261.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Sociedad Anónima y fin de lucro”, en *Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995, págs. 39-59.

MONTERO AROCA, J., “Título I: Disposiciones generales”, en *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, dir. J. Montero Aroca, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1990, págs. 24-32.

MORRAL SOLDEVILLA, R., “Segunda Convocatoria”, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 981-985.

— “La Junta Universal”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 985-992.

— “Presidencia de la Junta”, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1055-1062.

— “Derecho de información”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1069-1084.

MUNNÉ CATARINA, F., “Límites a la modificación”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1552-1560.

— “Sustitución del objeto social”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1566-1576.

MUÑOZ PÉREZ, A., “Liquidador de Sociedad Anónima”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 768-771.

MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, p. 380-495.

MUÑOZ PLANAS, JM.; MUÑOZ PAREDES, JM., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, Capítulo 63, en *Derecho de Sociedades: Libro en Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid 2002, p. 1977-2029.

MUÑOZ SABATÉ, L., “Título III. De los Árbitros (Arts. 12, 13, 15-21)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 325-383.

NISATI, M., “Lineamenti dell’arbitrato”, en *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, dir. G. Iudica, IPSOA Editore S.R.L., Milano, 2003, págs. 1-60.

— “Arbitrato internazionale: tratti caratteristici e conseguenze pratiche”, en *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, dir. G. Iudica, IPSOA Editore S.R.L., Milano, 2003, págs. 162-172.

OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “Artículo 2: Materias objeto de arbitraje”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 45-50.

OROZCO PARDO, G., PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, JL., “El arbitraje de consumo”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs. 431-497.

ORTUÑO BAEZA, M., “Paridad de Trato”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 863-866.

OTERO LASTRES, J., “Acerca de la Junta General de accionistas de la S.A.”, en *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Tomo II, dir. V. Garrido de Palma, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1993, págs. 47-97.

— “Algunas reflexiones sobre el Orden del día de la Junta General de Accionistas”, en *Libro Homenaje a Idelfonso Sánchez Mera*, Vol. II, Colegio Notarial de la Coruña, Colegios Notariales de España, Madrid, 2002, págs. 1611-1620.

PAZ-ARES, C., “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en *Tratado de la Sociedad Limitada*, coord. C. Paz-Ares, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 161-205.

PÉREZ DAUDÍ, V., “Legitimación”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1135-1174.

— “El proceso de declaración”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1225-1269.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 959-972.

PESCATORE, S., “La società per azioni”, en *La riforma del diritto societario. Commento al D. Leg. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, dir. V. Buonocore, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, págs. 13-129.

PETRAZZINI, B., “Delle modificazioni dello statuto”, en *Il nuovo diritto societario: d.lgs. 17 gennaio 2003, n°6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n°5, d.lgs. 11 aprile 2002, n°61*, dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, págs. 1380-1388.

POLO DÍEZ, A., “La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las Sociedades de capital”, en *¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada?*, dir. A. Menéndez Menéndez y otros, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992, págs. 155-180.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deber de diligencia”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 421-425.

RESCIGNO, M., “Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di specializzazione della giustizia commerciale”, en *Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, dir. P. Benazzo y otros, Associazione Disiano Preite, Il Mulino, Bologna, 2002, págs. 55-63.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La Junta General de Socios”, en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, coord. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 587-641.

— “El Reglamento de la Junta general y los derechos del accionista: planteamiento general”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 289-328.

— “Junta General (Competencia y clases)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 721-725.

— “Junta General (Constitución)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 725-729.

— “Reglamento de la Junta”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 977-983.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J., “La constitución de la sociedad: escritura y estatutos”, en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 103-119.

RÖHRICHT, V., “Festellung der Satzung”, en *Aktiengesetz Großkommentar*, De Gruyter Recht, Berlin, 2004, págs. 1-102.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La Sociedad Anónima como problema”, en *¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada?*, dir. A. Menéndez Menéndez y otros, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992, págs. 75-104.

— “La propuesta de modificación de los Estatutos de las Sociedades Anónimas”, en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1995, págs. 357-372.

— “El acuerdo de aumento de capital de la Sociedad Anónima”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades Mercantiles, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 2339-2391.

RONCERO SÁNCHEZ, A., “La captación del voto a través de la solicitud pública de representación: transparencia, igualdad de oportunidades y conflictos de interés”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 399-462.

ROVELLI, L., “La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento”, en *L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, T. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, págs. 107-141.

RUBIO VICENTE, P., “Aportación no dineraria SA (Informe pericial)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 203-

RUEDA MARTÍNEZ, J., “Acta de la Junta”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1084-1103.

RUIZ MORENO, JM., “Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs. 73-112.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Requerimiento de los mercados y desplazamiento desde la Junta al Consejo de la competencia de ampliar el capital y excluir el derecho de suscripción preferente”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo II, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 1317-1341.

— “Delitos societarios”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 446-459.

— “Sociedades Profesionales”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1232-1236.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Elección del tipo societario: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones”, en *¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada?*, dir. A. Menéndez Menéndez y otros, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992, págs. 213-238.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J., “En torno a la supresión y a la transmisibilidad del derecho de suscripción preferente”, en *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Tomo II, dir. V. Garrido de Palma, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1993, págs. 351-406.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El conflicto de intereses en la Sociedad Limitada”, en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, coord. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 677-701.

— “Interés Social”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma,

IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 709-714.

— “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, tomo II, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 851-913.

SANZO, S., “Articolo 2377. Annullabilità delle deliberazioni”, en *La riforma del diritto italiano. Il nuovo diritto societario. D. Legs. 17 gennaio 2003, n.6; D. Legs. 17 gennaio 2003, n.5; D.Legs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, págs. 606-629.

— “Articolo 2379. Nullità delle deliberazioni”, en *La riforma del diritto italiano. Il nuovo diritto societario. D. Legs. 17 gennaio 2003, n.6; D. Legs. 17 gennaio 2003, n.5; D.Legs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, págs. 649-660.

— “Articolo 2379 ter. Invalidità delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e della emissione di obbligazioni”, en *La riforma del diritto italiano. Il nuovo diritto societario. D. Legs. 17 gennaio 2003, n.6; D. Legs. 17 gennaio 2003, n.5; D.Legs. 11 aprile 2002, n. 61 (art.1)*, dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, págs. 661-663.

SCHMIDT, K., „Anfechtungsklage“, en *AktG Großkommentar*, Walter de Gruyter, Berlin, 1996, págs. 137-183.

— “La junta general en la Ley alemana de Sociedades Anónimas y en la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, Tomo I, dir. F. Rodríguez Artigas y otros, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 27-64.

SENÉS MOTILLA, C., “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs. 283-320.

SOMMA, A., “Alemania”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa, T. Galletano, Casa Editrice dott. A. Milani, Padova, 1994.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y derecho de sociedades”, Capítulo 65, en *Derecho de Sociedades – Libro en Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, págs. 2041-2966.

SUSO VIDAL, JM., “La autoanulación de acuerdos por la junta general y sus límites temporales en relación a la nueva regulación procesal”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*, Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 1309-1323.

TAPIA HERMIDA, A., “Estatutos (Modificación)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 581-587.

TAPIA SÁNCHEZ, M., “Junta constituyente”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 719-721.

URÍA GONZÁLEZ, R., y otros, “La Junta General de Accionistas”, en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, dir. R. Uría y otros, Tomo V, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1992.

VÁZQUEZ ALBERT, D., “Exclusión del derecho de suscripción preferente”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1656-1696.

VÁZQUEZ CUETO, J., “Las sociedades con base mutualista”, en *Derecho Mercantil*, dir. G. Jiménez Sánchez, Editorial Ariel, 7ª ed., Barcelona, 2002, págs. 428-451.

VELARDE ARAMAYO, M., SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los “ADR”, en *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, coord. M. Velarde Aramayo, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2006, págs. 11-70.

VELASCO SAN PEDRO, L., “Concepto y caracteres de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, coord. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Mc

Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 39-63.

— “Artículo 10. Autonomía de la Voluntad”, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. F. Sánchez Calero, Tomo I: Disposiciones generales, fundación de la sociedad y aportaciones. Artículos 1º a 46, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, págs. 319-328.

— “De la constitución de la sociedad”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. F. Sánchez Calero, Tomo I: Disposiciones Generales, Fundación de la sociedad y aportaciones artículos 1 a 46, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997, págs. 319-329.

VELLA, F., “Diritto societario e modelli di sviluppo delle piccole e medie imprese italiane: quale rapporto?”, en *Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito*, dir. P. Benazzo y otros, Associazione Disiano Preite, Il Mulino, Bologna, 2002, págs. 15-38.

VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 13-64.

VIERA GONZÁLEZ, AJ., “Acta de la Junta (SA y SRL)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 106-117.

— “Derecho de separación (SA y SRL)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 490-504.

— “Exclusión de socios (SA y SRL)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 594-599.

— “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1183-1189.

VOGEL, L., “L’arbitrage commercial”, en *Traité de Droit Commercial*, dir. G. Ripert, R. Roblot, Tomo I, Vol. 1, 18ª ed., Paris, 2001, págs. 318-324.

IV. Literatura en Internet

AA.VV., “Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.”, Approvato dalla

Commissione studi d'impresa el 28 gennaio 2005, Studio n. 5489/I, en http://www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti/Società/5489.htm [fecha de consulta 8 de agosto 2006].

— “La risoluzione dei contrasti nella gestione della società”, Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 5 luglio 2005, Studio n. 5734/I, en http://www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti/Società/5734.htm [fecha de consulta 8 de agosto 2006].

— “Le clausole arbitrali e l'attività notarile”, Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 15 luglio 2005, Studio n. 5856/I, en http://www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti/Società/5856.htm [fecha de consulta 8 de agosto 2006].

— « Rédaction des statuts et anticipation des risques de conflits », en <http://www.droit-fiscalite-belge.com/article62.html>, 23 de septiembre de 2002, [fecha de consulta 25 septiembre 2006].

— “Alternative Dispute Resolution systems as means to solve IP-related conflicts”, en <http://www.ipr-helpdesk.org>, febrero de 2006, [fecha de consulta 8 junio 2007].

— “L'impugnazione del lodo arbitrale. Gli strumenti offerti dall'ordinamento per dar certezza ai rapporti giuridici”, en <http://appinter.com.csm.it/incontri/relaz/7134.pdf>, [fecha de consulta 28 de enero 2009].

— “El Tribunal Arbitral de Barcelona vela por la transparencia en el arbitraje mediante la elaboración del primer código de normas éticas y buenas prácticas del arbitraje español”, en *Diario La Ley*, nº 7141/2009, de 24 de marzo, Año XXX, Editorial LA LEY, <http://diariolaley.laley.es>, [fecha de consulta 24 de marzo de 2009].

— “El centro para la Resolución Eficaz de Disputas (CEDR) pregunta a la comunidad internacional sobre la mejor forma de facilitar acuerdos en arbitraje”, *Boletín ADR Resources*, en <http://www.aryme.com>, 3 de abril de 2009, [fecha de consulta 3 abril 2009].

— “El número de arbitrajes administrados por las cámaras de comercio de España aumenta en un 30% respecto a 2007”, *Boletín ADR Resources*, en <http://www.aryme.com>, 30 de marzo de 2009, [fecha de consulta 3 abril 2009].

— *Retrato de las PYME 2009*, elaborado por la Dirección General de Política de la PYME, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en <http://www.ipyme.org/IPYME/es-ES/Publicaciones/estadisticas/>, enero de 2009, [fecha de consulta 24 de julio de 2009].

— *Evolución de las PYME españolas (2003-2007)*, Secretaría General de Industria, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en <http://www.ipyme.org/IPYME/es-ES/Publicaciones/estadisticas/>, [fecha de consulta 24 de julio de 2009].

— “Conociendo las particularidades de la empresa familiar”, en http://www.improven-consultores.com/paginas/documentos_gratuitos/documentos.php, [fecha de consulta 8 de febrero de 2004].

— “Documento de Trabajo del Coloquio Europeo sobre Empresa familiar”, celebrado en el Palacio de Aranjuez, el 24 de febrero de 2002, en <http://www.ipyme.org>, [fecha de consulta 8 de febrero de 2004].

ATTERITANO, A., “La tutela della volontà compromissoria delle parti e il rispetto dell’ordine publico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale”, en www.judicium.it, 23/11/2006, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007].

AULETTA, F., “La nullità della clausola compromissoria a norma dell’art. 34 d.legs. 17.1.2003, n.5: a proposito di recenti (dis-) orientamenti del notariato”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 27/05/2004, [fecha de consulta 29 junio 2006].

AZZALI, S., “Arbitrato amministrato”, en *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, dir. A. Buonfrate y Ch. Giovannucci, Capítulo V, UTET, http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1290/645253/FILENAME/SA_Utet_2006.pdf, [fecha de consulta 29 marzo 2007].

BALES, R., « An Introduction to Arbitration », en <http://www.ssrn.com>, Marzo 2006, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008].

BARRECA, L., “Arbitrato e compromesso. Clausola compromissoria. Arbitrato rituale. Esclusione socio. Comprometibilità della questione”, en <http://www.diritto.it/sentenze/magistratord/barreca4.html> [fecha de consulta 9 mayo 2006].

BERGER, M., “Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model”, en

<http://papers.ssrn.com>, [fecha de consulta 15 abril 2009].

BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in)validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, en http://judicium.it/news/ins_27_12_2005/jud/bianchini.pdf, 22 diciembre 2005, [fecha de consulta 1 febrero 2007].

BONGIORNO, G., “Problemi attuali e urgenti della giustizia civile”, en http://www.oua.it/27_congr-int1.htm, XVII Congreso nazionale dell’avvocatura italiana, [fecha de consulta 15 febrero 2005].

BOSSI, A., “L’impugnazione di lodo di fronte alla Corte di Appello di Milano”, en <http://www.mi.camcom.it/show.jsp?page=647345>, [fecha de consulta 28 enero 2009].

BOVE, M., “L’arbitrato nelle controversie societarie”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 13 de julio 2003, [fecha de consulta 30 junio 2006].

— “Sul regime dell’eccezione di patto compromissorio rituale”, en www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm, 8 mayo 2004, [fecha de consulta 18 junio 2007].

— “L’arbitrato irrituale dopo la riforma”, en <http://www.judicium.it>, 22 de enero 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

— “L’arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune”, en <http://www.judicium.it>, 5 de marzo de 2008, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

— “Ancora sull’arbitrato irrituale”, en <http://www.judicium.it>, 9 de febrero de 2009, [fecha de consulta 31 de marzo de 2009].

BRIGANTY ARENCIBIA, A., “Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales: su problemática”, en http://www.cej.justicia.es/pdfpublicaciones/abogados_estado/ABOGA23pdf, 12 de mayo 2004, [fecha de consulta 28 febrero 2005].

BRIGUGLIO, A., “Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 15 de enero 2003, [fecha de consulta 28 junio 2006].

BRISMEAD, S., “Extending the application of an arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?”, en <http://www.ssrn.com>, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008].

BRUNELLI, C., “Arbitrato e conciliazione: le novità di interesse notarile nella riforma societaria”, en <http://www.federnotizie.org/2004/luglio/brunelli.htm> [fecha de consulta 8 agosto 2006].

BUONCRISTIANI, D., “Socio o non socio: lodo di rito o di merito?”, en <http://www.judicium.it>, 30 de mayo de 2008, [fecha de consulta 28 enero 2009].

BUYS, C., “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, en <http://papers.ssrn.com>, [fecha de consulta 15 abril 2009].

CABRAS, G., “Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario”, en <http://www.dircomm.it/2003/n.6.03/01.html>, giugno 2003, [fecha de consulta 10 febrero 2005].

— “Arbitrato societario: una sola chance da non perdere”, en <http://www.dircomm.it/2004/n.9/02.html>, settembre 2004, [fecha de consulta 10 febrero 2005].

— “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, en <http://www.dircomm.it/2005/n.1/01.html>, gennaio 2005, [fecha de consulta 28 febrero 2007].

CAMERA ARBITRALE NAZIONALE E INTERNAZIONALE DI MILANO, “Arbitrati 2003-Statistiche”, en <http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1211/605844/FILENAME/statistica%202003%2030-1-04.pdf>, [fecha de consulta 29 marzo 2007].

— “Arbitrati 2003-Statistiche”, en <http://www.cameraarbitrale.com/upload/file/1307/653885/FILENAME/arbitrato2006.pdf>, [fecha de consulta 29 marzo 2007].

— “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, en http://www.cameraarbitrale.com/upload/file/351/175783/FILENAME/orientamenti_CAM_societario.pdf, [fecha de consulta 29 marzo 2003].

CAPPONI, B., “Arbitrato e giurisdizione”, en www.judicium.it, 23 de novembre de 2006, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007].

— “Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.”; en <http://www.judicium.it>, 11 de diciembre de 2008, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, en <http://www.camerecivili.org/Convegni/Torino/Carpi/carpi.html>, [fecha de consulta 28 febrero 2007].

CECCO, M., *L’economia italiana negli ultimi trent’anni*, en www.unipv.it/iuss/sus/dececco_3.htm, Scuola Universitaria Superiore, Università degli Studi di Pavia, [fecha de consulta 12 de marzo de 2004].

CHAHINIAN, R., “Arbitrato: fattore di produttività e sviluppo economico”, en *Newsletter*, n° 1/2/2007, Curia Mercatorum (<http://www.curiamercatorum.com>), págs. 2-5.

CHIARLONI, S., “I meccanismi conciliativi”, en <http://www.judicium.it>, 4 julio 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

CHIRAC, J., Devant le 94^{ème} Congrès des Notaires de France, *Les Annonces de la Seine*, n° 37, Lundi 25 mai 1998, http://www.arbitrage.org/fr/publications/cr_discours_19990421.pdf [fecha de consulta 15 septiembre 2006].

COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browser_it_5611_resource_orig.doc, [fecha de consulta 28 febrero 2007].

— “Arbitrato societario: profili generali e limiti di ammissibilità”, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browser_it_6050_resource_orig.doc, [fecha de consulta 28 febrero 2007].

— “Clausola compromissoria: natura e questioni problematiche”, en http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browser_it_3693_resource_orig.doc, [fecha de consulta 28 febrero 2007].

CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, en <http://www.limaarbitration.net>, n° 1/2006, [fecha de consulta 1 de octubre de 2008].

— “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, en <http://www.aryme.com/docs/adr/2-4-97/200810%20Bernardo%20Cremades.%20La%20función%20jurisdiccional%20de%20apoyo%20y%20control%20del%20arbitraje.pdf> octubre de 2008, [fecha de consulta 3 de noviembre de 2008].

D’ALESSANDRO, E., “Può esservi supplenza giudiziale nella nomina dell’arbitrato irrituale o libero?”, en <http://www.judiciium.it/archivio/alessandro01.html>, [fecha de consulta 18 junio 2007].

DALMOTTO, E., “La disciplina transitoria delle norme processuali della riforma del diritto societario”, en http://www.judiciium.it/focus/focus_glo.html, 23/04/2004, [fecha de consulta 29 junio 2006].

— “L’azione di responsabilità contro gli amministratori della società per azioi (artt. 2393 e 2393 bis c.c. novellati dal D. Lgs. n. 6 del 2003)”, en [http://www.judiciium.org/news/ins_08_09_04/\(Dalmotto-ult.\)art.html](http://www.judiciium.org/news/ins_08_09_04/(Dalmotto-ult.)art.html), 8 setiembre 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007].

DAMMANN, J., HANSMANN, H., “Extraterritorial Courts for Corporate Law”, en <http://www.ssrn.com>, May 2005, [fecha de consulta 23 septiembre 2008].

DANOVI, F., “L’arbitrato nella riforma del diritto processuale societario”, en http://www.judiciium.it/focus/focus_glo.html, 22 de junio de 2004, [fecha de consulta 29 junio 2006].

— “Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge”, en www.judiciium.it/saggi_file/saggio_glo.htm, [fecha de consulta 18 junio 2007].

DARI-MATTIACCI, G., “Arbitration versus Settlement”, en <http://www.ssrn.com>, Amsterdam Center for Law and Economics, Tinbergen Institute, 20 de septiembre 2007, [fecha de consulta 22 de septiembre 2008].

DI GIAMPIETRO, S., “La riforma del diritto penale societario”, en

<http://www.dirittoegiustiziaonline.it/penale/riforma.1.htm>, [fecha de consulta 1 de febrero 2007].

DE LUTTI, S., FORNI, S., “L’arbitrato nel 2007”, en <http://www.camera-arbitrale.it>, [fecha de consulta 28 agosto 2008].

DRAHOZAL, CH., « Is Arbitration Lawless? », en <http://www.ssrn.com>, University of Kansas School of Law, [fecha de consulta 22 de septiembre 2008].

EISENBERG, T., MILLER, G., “The Flight from Arbitration: An Empirical Study of Ex Ante Arbitration Clauses in Publicly-Held Companies’ Contracts”, en <http://www.ssrn.com>, 10 noviembre de 2006, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008].

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., “La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil”, en <http://www.uria.com>, [fecha de consulta 11 febrero 2009].

GHIRGA, M., “Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 28/02/2004, [fecha de consulta 29 junio 2006].

GIAMPIETRO, S., “La riforma del diritto penale societario”, en <http://www.dirittoegiustiziaonline.it/penale/riforma.1.htm>, [fecha de consulta 1 de febrero 2007].

GIMENO, M., “Tribuna de opinión: Es necesario un consenso global en nuestra sociedad para que se implante el sistema arbitral en nuestro país”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/tribuna_opinion.php, 1 junio 2004.

GUIDOTTI, R., “L’arbitraggio gestionale nella società di persone e nella società a responsabilità limitata”, en http://www.judicium.org/news/ins_14_10_04/guidottiProcSoc.html, 14 febrero 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007].

GUIGOU, E., XIVème Congrès de l'International Congress of Commercial Arbitration à Paris, 3-6 mai 1998, Projet de Discours de la Ministre, http://www.arbitrage.org/fr/publications/cr_discours_19990421.pdf [fecha de consulta 15 septiembre 2006].

HUBER, S., « Opening conference of the Heidelberg Center for International Dispute Resolution », en *German Law Journal*, Vol. 4, n° 3-1, <http://www.germanlawjournal.com>, Marzo de 2003, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008].

IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, en <http://www.jir-abogados.com/art/art/Jurisprudencia%20en%20torno%20al%20art%C3%ADculo%2045.pdf>, [fecha de consulta 18 octubre 2007].

JOHNSON, J., BRUNET, E., “Arbitration of Shareholder Claims: Why Change is Not Always a Measure of Progress”, en <http://ssrn.com/abstract=1112826>, [fecha de consulta 15 abril 2009].

KIRCHER, PH., « The flaws of arbitration », en http://findarticles.com/p/articles/mi_m0BJK/is_5_17/ai_n26696301/print?tag=artBody;coll, 15 abril de 2006, [fecha de consulta 23 septiembre 2008].

LANK, A., “El futuro de las Empresas Familiares”, en <http://www.iefamiliar.com>, Instituto de la Empresa familiar, 16 de noviembre de 1993, [fecha de consulta 10 de febrero de 2004].

LIBERIO, C., “Delibera di acquisto di azioni proprie: poteri cautelari di sospensione e possibilità di recesso del socio”, en http://www.judicium.it/news/ins_19_01_06/Liberio%20proc.%20soc..html, 19 enero 2006, [fecha de consulta 2 febrero 2007].

LORCA NAVARRETE, A., “La naturaleza jurídica del arbitraje”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, <http://www.servilex.com.pe/>

arbitraje/estrado.php, 18 enero 2006., [fecha de consulta 10 octubre 2006].

LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, en http://judicium.it/focus/focus_glo.html, 30 marzo 2003, [fecha de consulta 24 julio 2006].

— “La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti”, en http://www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm, 10 diciembre 2003, [fecha de consulta 18 junio 2007].

— “Pluralità di clausole compromissorie e unicità del processo arbitrale”, en <http://www.judicium.it>, 26 noviembre 2006, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

— “La conciliazione: i possibili sviluppi tratti dall’esperienza”, en <http://www.judicium.it>, 10 marzo de 2009, [fecha de consulta 31 marzo 2009].

— “Controversie societarie, clausola binaria e ruolo delle camere arbitrali nelle controversie con pluralità di parti”, en http://www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm [fecha de consulta 9 mayo 2006].

MANCINI, T., “Sul regolamento di attuazione del Decreto Legislativo 8 ottobre 2007, n. 179 (Camera di Conciliazione e di Arbitrato presso la CONSOB)”, en <http://www.judicium.it>, 10 de marzo de 2009, [fecha de consulta 31 de marzo 2009].

MARZOLINI, P., “Più arbitrato per la competitività del sistema giustizia”; en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1222/611104/FILENAME/comunicato_stampam_pm.pdf, [fecha de consulta 29 marzo 2007].

— “Il dilemma della convenzione arbitrale alla luce del D. Lgs. 40/2006”, en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1243/621552/FILENAME/seminario_giugno06-PM.pdf, [fecha de consulta 29 marzo 2007].

MARZOLINI, P., RONCAROLO, CH., “La convenzione arbitrale dopo la riforma del diritto societario. Alcuni spunti pratici”, en <http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/433/216929/FILENAME/La%20convenzione%20arbitrale%20post%20riforma%20dir%20societario-spunti%20pratici.pdf>, [fecha de consulta 29 marzo 2007].

MATO RODRÍGUEZ, J., “Ponencia en las Cortes Generales 8 de febrero de 2001”, en *Boletín Oficial de la Cortes del Senado*, <http://www.senado.es>, nº 312, VII Legislatura,

Serie I: Boletín General, 23 de noviembre de 2001, [fecha de consulta 8 de febrero 2004].

MERONE, A., “La compromettibilità in arbitri delle impugnazioni di deliberi assembleari. (Il testo del provvedimento qui commentato –TRIBUNALE DI Lucca del 11.01.2005, è reperibile nella rubrica “L’esperiezia del proceso societario””, en http://www.judiciium.it/focus/focus_glo.html, 18 marzo 2005, [fecha de consulta 29 junio 2006].

— “Le due forme d’arbitrato e la materia societaria: un rapporto da ricostruire in termini di alternatività”, en http://www.judiciium.it/news/ins_23_05_05/merone%20proc.%20soc..html, 23 mayo 2005, [fecha de consulta 2 febrero 2007].

MICCOLIS, G., *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, en http://www.judiciium.it/news/ins_28_03_03/miccolis%20proc.%20soc.HTM#_ftn1 [fecha de consulta 2 marzo 2005].

MOSES, M., « Privatized « Justice », en <http://www.ssrn.com>, 4 de abril 2005, [fecha de consulta 22 de septiembre 2008].

OCCHIPINTI, E., “Il controllo della Suprema Corte sull’interpretazione della clausola compromissoria”, en <http://www.judiciium.it> [fecha de consulta 9 mayo 2006].

ORLANDONI, M., “La società per azioni”, *Convegno-La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazione operative*, en http://www.notarlex.it/riforma_approfondimenti_BO.jsp, Consiglio Notarile di Bologna, 6 Dicembre 2002, [fecha de consulta 29 mayo 2007].

PÁSARO MÉNDEZ, I., “El arbitraje en España. Un futuro alentador”, en <http://www.aryme.com/aryme1/esp/ensayos.php>, Coruña, 26 septiembre 2005, [fecha de consulta 20 septiembre 2006].

PASTORELLI, R., “La natura dell’arbitrato. Rituale e irrituale”, en *Newsletter*, nº 3/4/2007, Curia Mercatorum (<http://www.curiamercatorum.com>), [fecha de consulta 5 de abril de 2007].

PERAGO, C., “La sospensiva delle delibere nelle società di persone tra potere cautelare dell’a.g.o. e dell’arbitrato”, en http://www.judicium.it/news/ins_17_09_04/peragoArbitratoSoc.html, 17 settembre 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007].

PRATS ALBENTOSA, L., “La nueva regulación europea de la mediación”, en <http://www.diariolaley.es>, 2 de junio de 2008, [fecha de consulta 4 de junio 2008].

RESCIO, A., “L’assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali”, *Riunioni di studio sulla riforma delle società*, en http://www.notarlex.it/riforma/approfondimenti_MI.jsp, Consiglio Notarile di Milano, Novembre 2002-Marzo 2003, [fecha de consulta 29 mayo 2007].

RICCI, E., “Il nuovo arbitrato societario”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 04/06/2003, [fecha de consulta 28 junio 2006].

— “La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche”, en http://www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm, [fecha de consulta 9 mayo 2006].

ROBINSON, M., “Arbitration and Alternative Dispute Resolution”, en <http://www.robinsonlaw.co.uk>, London, 2001, [fecha de consulta 30 mayo 2007].

ROCA AYMAR, J., “España ¿nuevo y atractivo destino de arbitrajes internacionales?”, en *Boletín ARYME*, http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=53, Marzo 2008, [fecha de consulta 4 marzo 2008].

— “La abogacía y el fomento del arbitraje”, en *Boletín ARYME*, http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=52, Marzo 2008, [fecha de consulta 4 marzo 2008].

RODRIGO LAVILLA, J., “Arbitraje y Administración del Estado”, en <http://www.diariolaley.es>, 15 de abril de 2009, [fecha de consulta 15 abril 2009].

RONCAROLO, C., MARZOLINI, P., “La convenzione arbitrale dopo la riforma del diritto societario. Alcuni spunti pratici”, en www.camera-arbitrale.com/upload/file/433/216929/FILENAME/La%20convenzione%20arbitrale%2

[0post%20riforma%20dir%20societario-spunti%20pratici.pdf](#), 2004 [fecha de consulta 23 junio 2006].

SALETTI, A., “La domanda di arbitrato e i suoi effetti”, en <http://www.judicium.it> [fecha de consulta 9 mayo 2006].

SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, en http://www.judicium.org/news/ins_17_09_04/arbitrato.Societ%e0html, 17 setiembre 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007].

— “Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale”, en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/348/174387/FILENAME/riforma_societaria.pdf [fecha de consulta 23 junio 2006].

— “Arbitrato Amministrato”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, Aggiornamento, Tomo I, Ed. UTET, Torino, 2007, en <http://www.camera-arbitrale.com>, [fecha de consulta 18 de agosto de 2008].

SANDULLI, M., “Governance”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 10 febrero 2003, [fecha de consulta 5 febrero 2007].

SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, en, <http://www.judicium.it>, 28 de septiembre de 2007, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007].

— “Risoluzione di contrasti sulla gestione di società, arbitraggio e modelli di amministrazione”, en <http://www.judicium.it>, 30 de mayo de 2008, [fecha de consulta 28 enero 2009].

SANTANGELI, F., “Per l’estensione o l’abolizione del processo commerciale ordinario”, en http://www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm, Palermo, 1-2 dicembre 2006, [fecha de consulta 18 junio 2007].

SANTOS, G., “Cláusula arbitral atinge 90% dos contratos”, en <http://www.caesp.org.br>, 1 de septiembre 2008, [fecha de consulta 1 de octubre 2008].

SASSANI, B., “L’arbitrato a modalità irrituale”, en <http://www.judicium.it>, 14 marzo

2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, en <http://www.judicium.it>, 13 abril 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

SASSANI, B., TISCINI, R., “Il nuovo processo societario”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 27 enero 2003, [fecha de consulta 5 febrero 2007].

SEITZ, B., “Günstige Schiedsverfahren?”, en <http://rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?docid=122269&highlight=schiedsklausel>, [fecha de consulta 27 de octubre de 2008].

SHANSKE, D., “Hegel and the Justification for Arbitration in a Modern State”, en <http://ssrn.com>, Marzo 2007, [fecha de consulta 15 abril 2009].

SOLDATI, N., “La nuova clausola compromissoria statutaria”, en http://www.judicium.it/news_file/news_glo.html, 08/09/2004, [fecha de consulta 9 mayo 2006].

STIPANOWICH, T., “Arbitration and Choice: Taking Charge of the “New Litigation”. (Symposium Keynote Presentation) 7 DePaul Bus & Com.L.J.3 (forthcoming 2009)”, en <http://papers.ssrn.com>, [fecha de consulta 15 abril 2009].

STONE, K., “Arbitration-Domestic”, en <http://www.ssrn.com>, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008].

TEDOLDI, A., “Le questioni pregiudiziali di nullità nell’arbitrato rituale: dall’art. 819 c.p.c. all’arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5)”, en http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html, 26/04/2004, [fecha de consulta 9 mayo 2006].

TELLES FERREIRA NETTO, C., “Arbitragem. Uma solução jurídica”, en <http://caesp.locaweb.com.br>, 3 de mayo de 2005, [fecha de consulta 1 octubre de 2008].

TIZI, F., “La forma dell’accordo arbitrale rituale”, en *Judicium* http://www.judicium.it/news/ins_17_05_04/tizi.html, [fecha de consulta 29 abril 2005].

TRAKMAN, L., “Legal Traditions” and International Commercial Arbitration”, en <http://www.ssrn.com>, The Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, 2007, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008].

VACCARELLA, R., “Risposta a Claudio Consolo, esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre, in Corriere giuridico 12/2002, pp.1541ss.”, en http://judicium.it/focus/focus_glo.html, 18 enero 2003, [fecha de consulta 5 febrero 2007].

VAN HOUTTE, V., “What’s New in European Arbitration?” en http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200805/ai_n27899424/print?tag=artBody;coll, Mayo-Julio 2008, [fecha de consulta 23 septiembre 2008].

VILLANI, M., “L’arbitrato in materia societaria”, en http://www.commercialistatelematico.com/cgi/stampa_pdf.html?doc=341, abril 2004, [fecha de consulta 12 septiembre 2006].

WARE, S., “The Case for Enforcing Adhesive Arbitration Agreements –with Particular Consideration of Class Actions and Arbitration Fees”, en <http://papers.ssrn.com>, [fecha de consulta 15 abril 2009].

WEIDEMAIER, W., “The Arbitration Clause in context: How Contract Terms do (and do not) define the Process”, en <http://www.ssrn.com>, [fecha de consulta 22 de septiembre de 2008].

WEIGMANN, M., “L’arbitrabilità delle controversie”, en http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/1258/629371/FILENAME/WEIGMANN_Arbitrabilita24.03.06.pdf, 24 marzo 2006, [fecha de consulta 1 febrero 2007].

ZABBAN, F., “L’incidenza della riforma del diritto societario sulle società quotate”,

Riunione di studio sulla riforma delle società, en http://www.notarlex.it/riforma_appfondimenti_MI.jsp, Novembre 2002-Marzo 2003, [fecha de consulta 29 mayo 2007].

ZAMBRANA TÉVAR, N., “Introducción a la nueva Ley de Arbitraje española”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/nueva_ley_arbitraje.php, 6 diciembre 2004, [fecha de consulta 4 octubre 2006].

ZIINO, S., “Le nuove disposizioni sul processo societario (decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.5). Il giudizio di cognizione in primo grado”, en <http://www.judicium.it>, [fecha de consulta 28 junio 2006].

ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitro societario”, en http://www.giur.uniroma3.it/themes/GiurBlue/docenti/zoppini/zoppini_file/Zoppini-5.pdf, 2004, [fecha de consulta 2 febrero 2007].

ZUCCONI GALLI FONSECA, E., “Collegamento negoziale e arbitro”, en <http://www.judicium.it>, 31 enero 2008, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

V. Ponencias

BLASCO GASCÓ, F., Ponencia: “El arbitraje de equidad”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 3 julio 2008.

CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 2 julio 2008.

CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L., Ponencia: “La anulación del laudo arbitral”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 3 julio 2008.

COLINA GAREA, R., Ponencia: “El futuro del arbitraje”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 30 junio 2008.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ponencia: “Fundamentos históricos del arbitraje moderno”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 30 junio 2008.

FERNÁNDEZ FARALDO, M., Ponencia: “Interés judicial del arbitraje”, en *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007.

GARCÍA NOVOA, C., Ponencia: “Las fórmulas arbitrales en materia fiscal”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 4 julio 2008.

GARCÍA LAGARES, J., Ponencia: “Arbitraje, seguridad jurídica y empresa”, en *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007.

JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, en *III Jornada sobre Arbitraje Mercantil*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 16 de octubre de 2008.

— Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, en *IV Jornada sobre el Arbitraje Mercantil*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Toledo, 21 de octubre de 2009.

LÓPEZ- MUÑIZ GOÑI, M., Ponencia: “Un modelo de arbitraje profesionalizado”, en *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Madrid, 7 de noviembre del 2007.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., Ponencia: “El arbitraje en Derecho sucesorio”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición*

y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 4 julio 2008.

PERALES VISCASILLAS, P., “El futuro Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: un modelo para el arbitraje comercial internacional”, en *IV Jornada sobre el Arbitraje Mercantil*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Toledo, 21 de octubre de 2009.

PRADA PRESA, A., “Ponencia de apertura”, en *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007.

ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, en Curso de Verano: *La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 1 julio 2008.

VI. Jurisprudencia

1. Sentencias del Tribunal Constitucional

1. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 9/2005, de 17 de enero.
2. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 68/2002, de 21 de marzo.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 32/2002, de 11 de febrero.
4. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 107/1999, de 14 de junio.
5. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 76/1999, de 26 de abril.
6. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 136/1998, de 29 de junio.
7. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 176/1996, de 11 de noviembre.
8. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Pleno) 174/1995, de 23 de noviembre.
9. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 334/1993, de 15 de noviembre.

10. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 285/1993, de 4 de octubre.
11. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Pleno) 62/1991, de 22 de marzo.
12. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 48/1990, de 20 de marzo.
13. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 54/1989, de 23 de febrero.
14. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 116/1988, de 20 de junio.
15. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 15/1987, de 11 de febrero.
16. Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 43/1986, de 15 de abril.

2. Sentencias del Tribunal Supremo

1. Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 3105/2002, de 5 de febrero de 2002.
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) 128/2009, de 6 marzo.
3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 776/2007, de 9 de julio.
4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 641/2005, de 19 de julio.
5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 404/2005, de 26 de mayo.
6. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 15 marzo de 2005.
7. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 707/2002, de 12 de julio.
8. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1139/2001, de 30 de noviembre.
9. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 490/1999, de 1 de junio.
10. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 355/1998, de 18 de abril.
11. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 452/1998, de 19 de mayo.
12. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1069/1997, de 1 de diciembre.
13. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 929/1994, del 21 de octubre.
14. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 908/1993, de 9 de octubre.
15. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de octubre de 1992.
16. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 19 de octubre de 1991.
17. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 5 de marzo de 1991.
18. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 de octubre de 1989.
19. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 16 de marzo de 1988.

3. Sentencias de las Audiencias Provinciales

1. SAP de Alicante (Sección 4ª) 1289/1999, de 22 de septiembre.
2. SAP de Barcelona (Sección 15ª) 72/2005, de 16 de marzo.
3. SAP de Barcelona (Sección 15ª) 400/2004, de 16 de septiembre.
4. SAP de Barcelona (Sección 14ª) 61825/2003, de 26 de noviembre de 2002.
5. SAP de Barcelona (Sección 15ª) 60548/2001, de 6 de noviembre de 2000.
6. SAP de Barcelona (Sección 15ª) 2226/1996, 18 de noviembre.
7. SAP de Barcelona (Sección 15ª) 833/1996, de 17 mayo.
8. SAP de Burgos (Sección 3ª) 575/2002, de 30 de octubre.
9. SAP de Castellón (Sección 1ª) 461/2001, de 14 de noviembre.
10. SAP de Girona (Sección 1ª) 352/2004, de 17 de noviembre.
11. SAP de Guipúzcoa (Sección 1ª) 25/2005, de 7 de febrero.
12. SAP de Madrid (Sección 25ª) 207/2005, de 7 de abril.
13. SAP de Madrid (Sección 8ª) 58/2004, de 5 de marzo.
14. SAP de Madrid (Sección 25ª) 390/2003, de 11 de julio.
15. SAP de Madrid (Sección 18ª) 202801/2003, de 10 de febrero.
16. SAP de Madrid (Sección 21ª) 22969/2002, de 24 de septiembre de 2002.
17. SAP de Madrid (Sección 11ª) 279399/2000, de 23 de septiembre.
18. SAP de Madrid (Sección 14ª) 2142/2000, de 18 de abril.
19. SAP de Murcia (Sección 4ª) 175/2005, de 22 de junio.
20. SAP de Murcia (Sección 4ª) 51/2004, de 9 de febrero.
21. SAP de Navarra (Sección 2ª) 140/2001, de 4 de junio.
22. SAP de Ourense (Sección 2ª) 15/2001, de 10 de enero.
23. SAP de Pontevedra (Sección 6ª) 431/2003, de 10 de febrero.
24. SAP de Salamanca 139/2001, de 24 de marzo.
25. SAP de Sevilla (Sección 8ª) 442/2001, de 27 de julio.
26. SAP de Tarragona (Sección 3ª) 116/2004, de 2 de noviembre.
27. SAP de Valencia (Sección 8ª) 214/2007, de 12 de abril.
28. SAP de Valencia (Sección 9ª) 308/2006, de 12 de septiembre.
29. SAP de Valencia (Sección 11ª) 494/2002, de 4 de noviembre.
30. SAP de Valencia (Sección 6ª) 731/2002, de 30 de octubre.
31. SAP de Valencia (Sección 6ª) 63/2002, de 6 de febrero.
32. SAP de Vizcaya (Sección 4ª) 692/2007, de 14 de noviembre.

33. SAP de Vizcaya (Sección 4ª) 249/2003, de 8 de abril.
34. SAP de Vizcaya (Sección 4ª) 35/2002, de 12 de enero.
35. SAP de Zamora (Sección única) 54/2001, de 8 de febrero.

4. Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil

1. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga 1248/2005, de 27 de abril.

5. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

1. Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado, de 30 de septiembre de 2008.
2. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil), de 4 de mayo de 2005.
3. Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado (Mercantil), de 30 de Julio de 2001.
4. Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado, de 19 de febrero de 1998.

VII. Entrevistas

- Entrevista a SILVIA DE LUTTI y CRISTINA FREZZA, Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, 28 agosto de 2008.
- Entrevista a BERNARDO M. CREMADES, B. Cremades & Asociados, 12 de junio de 2009.
- Entrevista MARÍA ARIAS, letrada, Corte Española de Arbitraje, 17 de junio de 2009.
- Entrevista ELENA GUTIÉRREZ, letrada, Corte de Arbitraje de Madrid, 24 de junio de 2009.
- Entrevista a FRANCISCO JAVIER MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Secretario de la Corte de Arbitraje de Toledo, 23 y 29 de junio de 2009.